

ISSN 0719-210X

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 1 / N°2 / 2012

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director Responsable

Mario Ramírez Necochea

Editora de Contenidos

Claudia Sarmiento Ramírez

Comité Editorial

Gonzalo Aguilar
José Carlos Fernández Rosas
Claudio Grossman
Mattias Kumm
Hugo Llanos
Cecilia Medina
Elina Mereminskaya
Mónica Pinto

Revista Tribuna Internacional

Publicación del Departamento de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile
Volumen 1 / N°2 / 2012
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN: 0719-210X

Diseño y producción:

Gráfica Metropolitana
contacto@graficametropolitana.cl
www.graficametropolitana.cl

Printed in Chile / Impreso en Chile

ÍNDICE

Artículos

- Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional 9
Gonzalo Aguilar Cavallo
- El derecho societario en la Unión Europea 47
Massimiliano Castellari
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Organización Mundial del Comercio 71
Holger P. Hestermeyer
- La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público 107
Rita Lages
- La Responsabilidad de Proteger: el rol de la comunidad internacional 129
Hugo Ignacio Llanos Mardones
- El desarme y la regulación de armamentos 141
Edmundo Vargas Carreño
- La importancia de Mercosur frente a los cambios y perspectivas de su institucionalidad jurídica 159
Iris Vittini y Ana María Moure

Recensiones

- “Law and revolution. The Formation of The Western Legal Tradition”, 183
de Harold J. BERMAN (1983. Traducción al español, 1995),
por Mario Arnello Romo

Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional

*International criminal justice: a pillar
for the international rule of law*

Gonzalo Aguilar Cavallo

gaguilarch@hotmail.com

Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile) y de la Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile).

Resumen: La justicia internacional penal ha experimentado una evolución vertiginosa en los últimos años. Esta circunstancia ha hecho patente la necesidad de interacción y complementación entre el derecho internacional y el interno. Algunos autores sostienen que la justicia internacional penal, y la actuación de sus órganos jurisdiccionales, ponen en peligro la juridicidad del derecho internacional. Nuestra visión es que la justicia internacional penal es un pilar del Estado de Derecho, tanto en el plano nacional como en el internacional. Lejos de afectar la juridicidad del derecho internacional, la justicia internacional penal cimienta el camino hacia un verdadero orden público internacional.

Palabras clave: derechos humanos; derecho internacional penal; responsabilidad internacional penal; Estado de Derecho; orden público internacional.

Abstract: *The international criminal justice has experienced a rapid change over the past years. This circumstance has underscored the need for interaction and complementation between international and domestic law. Some authors consider that the international criminal justice, and the activities of its tribunals, jeopardize the legality of international law. Our vision is that international criminal justice is a central pillar of the rule of law, at the national and the international levels. Far from undermining the legality of international law, international criminal justice paves the way towards a true international public order.*

Keywords: *human rights, international criminal law, international criminal responsibility; rule of law; international public order.*

*“Para los tiranos, la Verdad es la atadura más terrible y cruel:
Es como un hierro incandescente que atraviesa su pecho.
Y es aun más agónico que el hierro ardiente,
pues éste sólo abrasa la carne,
mientras que la Verdad quema hasta el alma.”*
Lauro Aguirre¹

“At the end of the day, it will be justice, and justice will prevail”
Bosnia’s ambassador to the UK, Jadranka Negodic

Introducción

El consentimiento de los Estados y las expresiones de voluntad de todos los miembros de la comunidad internacional han permitido una evolución del derecho internacional sin precedentes en la historia. El concurso de voluntades de los representantes de los Estados, de las organizaciones internacionales y la importante labor de persuasión de las organizaciones no gubernamentales, previamente cimentada por destacadas opiniones de juristas, por el adelanto de la doctrina, y notables decisiones de los jueces, ha hecho que el derecho internacional dé un salto cualitativo en el paso al tercer milenio. El trabajo responsable de la mayor parte de las organizaciones no gubernamentales llevando la voz de la sociedad civil y portando la identidad de la comunidad ante los representantes políticos de los Estados en los foros internacionales, ha sido decisivo en esta evolución del derecho internacional. Definitivamente, el derecho internacional ha evolucionado hacia una mayor humanización y afirmación del principio del primado del derecho, desplazando el eje articulador desde el Estado hacia el individuo, comunidades y pueblos. El progreso del derecho internacional, que ha marcado un cambio notable en la forma de abordar el derecho, se observa con mayor énfasis en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional penal. Las palabras de Ban Ki-Moon, Secretario General de Naciones Unidas, en la Conferencia de Kampala en 2010 son prueba de este cambio: “[t]he old era of impunity is over. In its place, slowly but surely, we are witnessing the birth of a new Age of Accountability”².

Probablemente, el principio inspirador, guía e informador más relevante en este proceso sea el de la dignidad humana. Este principio es identificador del Estado de Derecho contemporáneo, tal

¹ Urrea, Luis Alberto. *La hija de la esperanza*. Madrid: Ediciones Martínez Roca, 2007.

² Kampala, Uganda, 31 May 2010 - Secretary-General’s “An Age of Accountability” address to the Review Conference on the International Criminal Court. Disponible en: <http://www.un.org/sg/statements/?nid=4585> [Visitada 23/7/2012]

como lo reconoció hace más de dos décadas la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en el caso Velázquez Rodríguez, la Corte señaló que “[n]inguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”³. La idea estructural básica de esta nueva visión substancial es que el ser humano se encuentra al centro del desarrollo mismo del derecho.

La incursión de “nuevos” sujetos de derecho internacional, tales como las organizaciones internacionales, las empresas multinacionales, o bien, entidades naturales, tales como el individuo y los pueblos, han impactado notablemente en la evolución del derecho internacional y en la forma de producir y aplicar este derecho⁴. De hecho, a menudo se habla de las “relaciones transnacionales” para evocar estas relaciones que atraviesan las fronteras y escapan al monopolio de las “relaciones internacionales” establecidas por los Estados⁵. El aumento de la influencia de las decisiones judiciales internacionales en la construcción del derecho internacional, la participación creciente de la sociedad civil organizada en los procesos de generación del derecho internacional⁶, la importancia de la toma en consideración de la opinión de la sociedad civil mundial a través de organizaciones no gubernamentales que canalizan las preocupaciones e intereses de las personas⁷ y la consecuente emergencia

³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, ¶ 154.

⁴ «Bien plus, l’interaction de ces deux niveaux d’organisation de la société internationale a permis d’échapper au tête à tête des Etats, en faisant apparaître d’autres acteurs infra-étatiques qui tendent à devenir propre titre des «sujets» du droit international, titulaires de droits mais aussi d’obligations, que ce soient les individus eux-mêmes ou des groupements, comme les associations représentant une «société civile» en gestation (les Organisations non gouvernementales) ou les acteurs économiques, comme les entreprises nationales ou multinationales.» Decaux, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 4^e édition, 2004, p. 101.

⁵ Decaux, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 4^e édition, 2004, p. 101.

⁶ «C’est entièrement dû à la prise de conscience, essentiellement au sein de l’Union européenne et à la pression très forte de l’opinion internationale mobilisée par les organisations à but non gouvernemental, que l’on a, presque à l’arraché, réussi, il y a quelques mois à peine, en juillet 1998, obtenir la création du Tribunal pénal international par le traité qui a été signé à Rome.» Badinter, Robert: “Introduction”, en *La Cour pénale internationale*. Colloque Droit et Démocratie. La Documentation française: Paris, 1999, p. 9.

⁷ “[C]’est vraiment une poignée d’hommes et de femmes absolument décidés à arracher la création de la cour pénale internationale en 1991-1992, au moment où le monde entier assistait presque en direct à des génocides de purification ethnique, des massacres, des viols collectifs dans l’ex-Yougoslavie, particulièrement en Bosnie, devant la révolte des consciences, qui avons pensé que le moment était venu et que, puisque les puissances, notamment européennes, n’étaient pas à même d’arrêter, sur leur continent, la commission de génocides, au su et au vu de tous, au moins, on devait, à la conscience collective et aux victimes, l’instauration d’un Tribunal pénal international chargé de juger les responsables de ces crimes et que cette exigence –là, au moins, pouvait être satisfaite”. Badinter, Robert. “Introduction”, en *La Cour pénale internationale*. Colloque Droit et Démocratie. La Documentation française: Paris, 1999, p. 7.

de nuevas fuentes del derecho internacional, son algunos de los signos del derecho internacional contemporáneo. Tal como el profesor Decaux lo ha constatado, “el derecho internacional no es más el monopolio de los Estados”⁸. La situación precedente ha provocado asimismo la aparición de nuevas lecturas al entendimiento clásico, formal, de la ordenación y estructura de las fuentes formales del derecho.

El desarrollo del concepto de Estado de Derecho en el plano internacional se ha producido, fundamentalmente, gracias al auge en la importancia de tres ámbitos de acción del derecho internacional, a saber, los derechos humanos, las situaciones de las sociedades en conflicto o posteriores a los conflictos, y la pobreza, el hambre y la degradación medio ambiental⁹. Estas tres esferas de interés se traducen en desarrollos normativos que actúan e interactúan entre sí en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional penal, del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los refugiados, del derecho internacional del medio ambiente y del derecho internacional del desarrollo.

Este artículo es una breve reflexión respecto a las violaciones graves a los derechos humanos y la situación de las sociedades en conflicto o post-conflicto, particularmente en lo relativo al derecho internacional penal. La pregunta que responderemos en este sucinto análisis es la siguiente: ¿configuraría la evolución actual del derecho internacional un movimiento revolucionario, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho internacional penal, que provocaría una grave alteración del orden internacional y de su juridicidad, la cual conduciría a una crisis del derecho, de la soberanía nacional de los Estados y de la legalidad democrática?

En este trabajo abordaremos, en una primera parte (i) el proceso evolutivo de las últimas décadas del derecho internacional en el ámbito de la justicia internacional penal, intentando destacar los hitos más relevantes que imprimen un sello característico a las nuevas tendencias del derecho internacional en esa esfera, y en una segunda (ii) los rasgos más trascendentes del nuevo derecho en el orden internacional y la gradual conformación de elementos y estándares básicos del Estado de Derecho internacional.

⁸ Decaux, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 4^e édition, 2004, p. 169.

⁹ “Reconocemos que la gobernanza y el imperio de la ley en los planos nacional e internacional son fundamentales para el crecimiento económico sostenido, el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y el hambre”. Asamblea General. Resolución 60/1. *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*. Doc. N.U. A/RES/60/1, 24 de octubre de 2005, ¶ 11.

1. La justicia internacional penal como rasgo distintivo del derecho internacional contemporáneo

La evolución experimentada por la justicia internacional penal desde los juicios de Núremberg y Tokio hasta nuestros días no es sino el reflejo del proceso de asentamiento del concepto de Estado de Derecho en el plano internacional, esto es, la sujeción de todos al derecho y a la consecuente responsabilidad por su vulneración. En este sentido, en el ámbito de Naciones Unidas se ha sostenido que “[e]l estado de derecho es un principio fundamental sobre el que se crearon las Naciones Unidas. El objetivo de las Naciones Unidas sigue siendo la constitución de una comunidad de naciones que actúe con arreglo a las normas que promueven los derechos humanos, la dignidad humana y el arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos. La justicia penal internacional, concepto basado en la premisa de que la administración de justicia ofrece una base más sólida para la paz duradera, se ha convertido en un aspecto determinante de la labor de la Organización”¹⁰.

En la Cumbre Mundial de 2005, los representantes de los Estados del mundo reconocieron y aceptaron que “[c]ada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana”¹¹. Con este reconocimiento efectuado por los propios Estados se comenzó a consolidar la denominada “responsabilidad de proteger” como obligación internacional del Estado.

¹⁰ Asamblea General. Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización. Doc. N.U. A/62/1, 2007, ¶ 81.

¹¹ Asamblea General. Resolución 60/1. *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*. Doc. N.U. A/RES/60/1, 24 de octubre de 2005, ¶ 138.

a. Responsabilidad penal individual, derechos humanos y subjetividad internacional del individuo

La subjetividad internacional se ha visto constantemente ampliada desde la afirmación de la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. En dicha opinión jurídica, la Corte aseveró:

“The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”¹².

Esta opinión jurídica, y el fortalecimiento de nuevas disciplinas en el derecho internacional, ha permitido el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho internacional, tales como el individuo. El surgimiento del individuo como sujeto de derecho internacional, fundado positivamente en los artículos 1 y 55 de la propia Carta de las Naciones Unidas, transformó el derecho internacional en un verdadero derecho de gentes, de vocación universal y con sustrato constitucional. Si bien la Carta consagra la importancia de los derechos humanos propugnando “el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, el lugar de los individuos en los mecanismos internacionales –en cuanto a acceso a la justicia– ha sido conquistado lentamente. Este lugar corresponde hoy tanto a la protección de los derechos humanos como a la responsabilidad penal internacional del individuo¹³, bien con *ius standi* o *locus standi*, bien como legitimado activo o legitimado pasivo.

Es por esto que la responsabilidad internacional penal del individuo, como reacción punitiva de la comunidad internacional frente a actos ignominiosos e inhumanos, debiera ser entendida, además, en el contexto de la protección de los derechos humanos y como una manifestación concreta del Estado de Derecho internacional. En este contexto, Bacigalupo

¹² Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion. I.C.J. Reports 1949, p. 174, 178.

¹³ Decaux, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 4^e édition, 2004, p. 170.

afirma que en la evolución actual de nuestra conciencia jurídica parece evidente que el respeto de los derechos humanos queda fuera del principio de no-intervención¹⁴.

El profesor Decaux ha señalado que la idea de perseguir la responsabilidad internacional de los individuos es relativamente reciente. La responsabilidad internacional del individuo reafirma la subjetividad internacional del individuo y es, sin duda, un paso adelante en el proceso de humanización del derecho. Mayer ya sostenía casi cien años atrás que “[l]a humanidad no es en manera alguna el ideal jurídico, sino la idea del derecho”¹⁵. Otra manifestación de este proceso de humanización es, por tanto, la instalación del ser humano y de la humanidad en el centro de todo el derecho. De esta manera, la máxima del derecho romano *hominum causa omne jus constitutum est* vuelve a ganar el terreno que alguna vez tuvo en el derecho internacional¹⁶.

Una de las primeras manifestaciones concretas de la justicia internacional penal surgió al final de la Primera Guerra Mundial. El artículo 227 del Tratado de Versalles preveía la constitución de un Tribunal Internacional para juzgar al emperador de Alemania, el Kaiser Guillermo II Hohenzollern, por su responsabilidad en el desencadenamiento y la conducción de la guerra, pero esta disposición del tratado se convirtió en letra muerta ya que el Reino de los Países Bajos, que había permanecido neutral durante la guerra de 1914-1918, rechazó entregar al emperador a los Aliados, invocando la vieja inmunidad de jurisdicción del soberano¹⁷.

¹⁴ “En la evolución actual parece evidente que nuestra conciencia jurídica internacional requiere –y esto debe ser saludado efusivamente– que el respeto de los derechos humanos quede fuera del ‘principio de no-intervención’ en asuntos internos de otro Estado, probablemente favorecido por las confrontaciones conceptuales de esta materia en los tiempos de la ‘guerra fría’”. Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 94.

¹⁵ Mayer, Max Ernst. *Filosofía del derecho*, traducción de la 2ª Ed. original por Luis Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, p. 196.

¹⁶ “[T]he impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well”. ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”. Decision on the Defence Motion for interlocutory appeal on Jurisdiction. Decision of 2 octubre 1995, ¶ 97.

¹⁷ Decaux, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 4^e édition, 2004, p. 184.

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se iniciaron ante las jurisdicciones alemanas algunos procesos por crímenes de guerra, pero el procedimiento se convirtió en una parodia de la justicia donde los acusados fueron triunfalmente absueltos y liberados de responsabilidad invocando la causal de ejecución de órdenes superiores¹⁸.

Después del asesinato del Rey Alejandro de Yugoslavia, la Sociedad de las Naciones intentó en vano obtener la ratificación de los Estados miembros de dos Convenciones Internacionales adoptadas en 1937, una sobre la prevención y la represión del terrorismo y la otra sobre la creación de una Corte Penal Internacional¹⁹.

Luego de la Segunda Guerra Mundial aparecieron una serie de instrumentos internacionales, recogiendo mayormente estándares que formaban parte del derecho internacional consuetudinario, que no sólo prohibían las principales atrocidades que atentaban contra la humanidad misma –esta vez entendida como sujeto del derecho–, sino que exigían a los Estados imponer sanciones penales a los responsables de haberlos cometido²⁰. Muchos de estos instrumentos internacionales fueron construidos sobre la base de las enseñanzas extraídas de los juicios de Núremberg y Tokio. De acuerdo con este precedente, algunos de estos instrumentos contemplaron no sólo el tratamiento otorgado por el Estado a extranjeros o

¹⁸ Id.

¹⁹ Id.

²⁰ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted Dec. 9, 1948, G.A. Res. 260A (II), 78 U.N.T.S. 227, entered into force Jan. 12, 1951 [hereinafter Genocide Convention]. Article 2 of the Convention defines the crime; article 5 requires states to “provide effective penalties” for persons guilty of genocide or related offenses, and article 6 requires trial by “a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by [an] international penal tribunal...” Although tremendously important from a normative perspective, implementation of the Genocide Convention has been virtually non-existent, the first-ever trial for genocide occurring before the ICTR in 1998 in the Akayesu case; Convention Against Torture or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 39/46, 39, U.N. GAOR Supp. No. 51 at 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984) [hereinafter Torture Convention]; Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, G.A. Res. 3086, U.N. GAOR Supp. No. 30, at 75, U.N. Doc. A/9030 (1973); The four Geneva Conventions of 1949 provide that the High Contracting Parties “shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own Courts...[or] hand such persons over for trial to another High Contracting Party...” Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Aug. 12, 1949, art. 49, 75 U.N.T.S. 31, 62; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Aug. 12, 1949, art. 50, 75 U.N.T.S. 85, 116; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, art. 129, 75 U.N.T.S. 135, 236; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, art. 146, 75 U.N.T.S. 287, 386.

nacionales de otros Estados, sino que también consideraban un trato no debido o violatorio de los derechos humanos de sus propios ciudadanos²¹.

Los Estados del mundo, reunidos en la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, confirmaron “los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y por la decisión de este Tribunal”²². Los principios de Núremberg distinguen tres tipos de crímenes internacionales y descartan las eximentes de responsabilidad penal habituales tales como la inmunidad del jefe de Estado, la excusa del cumplimiento de órdenes superiores, etc²³.

En esta evolución el orden internacional establecido por la comunidad internacional ha conducido a consagrar la responsabilidad penal individual, lo cual se traduce en la creación de mecanismos de justicia internacional tales como los tribunales internacionales penales. Algunos de ellos han sido creados ad hoc para ciertos conflictos armados donde ha habido graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario²⁴. Ejemplos de ello son el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 1993 (Resolución 827/1993)²⁵ y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Resolución 955/1994) de 1994. Estos dos tribunales internacionales fueron creados mediante sendas decisiones adoptadas dentro del contexto del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas por el Consejo de Seguridad de esta organización. Luego, se han continuado creando –esta vez, bajo diversas modalidades, como acuerdos con los Estados concernidos– tribunales penales especiales, tales como el Tribunal especial independiente para Sierra Leona (Resolución del Consejo de Seguridad 1315 (2000)), cuyo acuerdo entre Sierra Leona y la Organización de las

²¹ La Convención contra el Genocidio va incluso más lejos y criminaliza acciones de actores no estatales que llegan a constituir Genocidio.

²² Cassese, Antonio. “Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg”. Disponible en: http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf [Visitado 23/7/2012]

²³ Decaux, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 4^e édition, 2004, p. 184.

²⁴ González Campos, Julio D.; Sánchez Rodríguez, Luis I.; Andrés Saénz de Santa María, Paz. Curso de Derecho Internacional Público. Madrid: Civitas, 3^a edición, 2003, p. 781.

²⁵ «Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, [...] 2. Decides hereby to establish an international tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia between 1 January 1991 and a date to be determined by the Security Council upon the restoration of peace and to this end to adopt the Statute of the International Tribunal annexed to the above-mentioned report»; Security Council. Resolution 827 (1993). U.N. Doc. S/RES/827 (1993), 25 May 1993.

Naciones Unidas fue firmado el 16 de enero de 2002²⁶. Además de éstos puede mencionarse el caso del Tribunal Especial para El Líbano²⁷, el caso –con resultados no muy felices– de los Paneles Especiales para graves crímenes en Timor Oriental²⁸ y el caso de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (13 de mayo de 2003, Resolución de la Asamblea General 57/228 B)²⁹.

No obstante, sin lugar a dudas, el mayor progreso de la comunidad internacional en materia de justicia internacional penal es la creación en 1998 de la Corte Penal Internacional, órgano judicial internacional permanente a cargo de la investigación, persecución y castigo de los crímenes enunciados en el Estatuto de Roma y que entró en funcionamiento en 2002. Desde el punto de vista normativo, uno de los últimos avances es la definición de agresión –la versión moderna de lo que clásicamente se conocía como los crímenes contra la paz– acordada en junio de 2010, en la Conferencia de revisión realizada en Kampala (Uganda) de los Estados partes del Estatuto de Roma³⁰.

En cuanto a la actividad de la Corte Penal Internacional, el 14 de marzo de 2012, Thomas Lubanga Dyilo fue declarado culpable, en calidad de co-autor, de crímenes de guerra de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8-2-e-vii del Estatuto de Roma. Los crímenes de guerra consistieron en haber procedido a enrolar y convertir en conscriptos de la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (FPLC) a niños menores de 15 años de edad y en haberlos hecho tomar parte activamente en las hostilidades, en el marco de un conflicto armado no internacional, desarrolladas entre el 1º de septiembre de 2002 hasta el 13 de

²⁶ Vid. Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone. Done at Freetown, on 16 January 2002. Disponible en: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=CLK1rMQtrCHg%3d&tabid=176> [Visitado el 23/7/2012]

²⁷ The Security Council. Establishment of a Special Tribunal for Lebanon. U.N. Doc. S/RES/1757, 30 May 2007.

²⁸ The UN Transitional Authority in East Timor (UNTAET) Regulation 2000/15, July 2000.

²⁹ Vid. Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of War of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea. Done at Phnom Penh on 6 June 2003. Disponible en: http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf [Visitado 23/7/2012]

³⁰ “For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations”. RC/Res.6. The crime of aggression. Adopted at the 13th plenary meeting, on 11 June 2010, by consensus. Disponible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf [Visitado 23/7/2012]

agosto de 2003. Se trata de la primera sentencia pronunciada por la Corte Penal Internacional desde que entró en funcionamiento en el año 2002.

El veredicto fue adoptado por la Sala de Primera Instancia I, compuesta por los jueces Adrian Fulford (Reino Unido), Elizabeth Odio Benito (Costa Rica) y René Blattmann (Bolivia).

En este proceso ha quedado, una vez más, en evidencia la importancia, en un mundo globalizado de un razonamiento jurídico integral, comprensivo e interactivo. Esta relevancia se ve acrecentada cuando estamos frente a jueces que deciden cuestiones jurídicas fundamentales para la comunidad nacional e internacional, tales como tribunales internacionales penales, tribunales internacionales de derechos humanos, o incluso cortes supremas y tribunales constitucionales. En este momento, utilizaremos el ejemplo y el razonamiento de la Corte Penal Internacional en este emblemático caso. En efecto, la Corte Penal Internacional, en el capítulo de la sentencia que intitula “la jurisprudencia de otras cortes en relación con las sentencias relativas a niños soldado”, señala:

«Although the decisions of other international courts and tribunals are not part of the directly applicable law under Article 21 of the Statute, the ad hoc tribunals are in a comparable position to the Court in the context of sentencing. However, the only convictions by an international criminal tribunal for the recruitment or use of child soldiers are from the Special Court for Sierra Leone (“SCSL”). There have been seven convictions at the SCSL in four cases for the crime of using child soldiers under the age of 15»³¹.

Por último, en esta sentencia la Corte Penal Internacional reiteró los principios que orientan su labor:

«In considering the purposes of punishment at the ICC, the Chamber has taken into account the Preamble of the Statute, which provides that “the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished”. The Preamble further provides that the States Parties are “[d]etermined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the

³¹ International Criminal Court. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Trial Chamber I. Before: Judge Adrian Fulford. Presiding Judge; Judge Elizabeth Odio Benito; Judge René Blattmann. Public Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. No.: ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, ¶ 12.

prevention of such crimes'. The ICC was established 'to these ends and for the sake of present and future generations'³².

La prohibición clara y específica de la brutalidad, la barbarie, los actos simplemente inhumanos –tales como han sido descritos más arriba– es el símbolo más patente de la construcción de un Estado de Derecho internacional. Son las comunidades locales, regionales o nacionales, a través del Estado de Derecho consolidado en dichos niveles, las que están llamadas a impedir y sancionar estos actos de horror y brutalidad. Con todo, si en estos niveles no se puede o no se quiere investigar, juzgar y en su caso sancionar proporcionalmente a la gravedad de los actos, la comunidad internacional, a través del proceso de creación de un Estado de Derecho internacional, envía el mensaje de que los autores de estos actos de barbarie no quedarán al margen del derecho y, por cierto, no se encuentran bajo ningún respecto, por encima del derecho.

Una manifestación más de este proceso evolutivo y que viene a confirmar todos los progresos de la justicia internacional penal que se han venido reseñando, lo constituye el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Bélgica v. Senegal*, de 20 julio de 2012. Este caso se refiere a la obligación de Senegal de juzgar o, en su caso, extraditar al ex Presidente de Chad Hissène Habré (1982-1990) –conocido como el “Pinochet africano”. Hissène Habré fue exiliado luego de ser derrocado en 1990 y durante más de veinte años ha vivido impunemente en Senegal. Habré fue acusado en 2005 por un tribunal belga de tortura, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Hasta ahora, Senegal se ha negado a extraditarlo³³.

El caso relativo a la obligación de perseguir o extraditar (*Bélgica v. Senegal*) contiene –en lo que en este brevísimo análisis se puede mencionar– dos elementos que afirman una vez más el proceso de concretización de un Estado de derecho internacional. Por un lado, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia confirma que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*: “In the Court’s opinion, the prohibition of torture is part of

³² International Criminal Court: Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Trial Chamber I. Before: Judge Adrian Fulford. Presiding Judge; Judge Elizabeth Odio Benito; Judge René Blattmann. Public Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. No.: ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, ¶ 16.

³³ Vid. “Hissene Habre: ICJ rules Senegal must try ex-Chad leader immediately”, in BBC World News, 20 July 2012. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-18920422> [Visitado el 23/7/2012]

customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)³⁴. Por otro, el máximo órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas afirma la obligación internacional del Estado de Senegal de proceder a juzgar a Hissène Habré o a extraditarlo, expresada en el principio *aut dedere aut judicare*, incorporado en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes de 10 de diciembre de 1984. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia le ordena unánimemente a Senegal inmediatamente poner a disposición de las autoridades competentes a Hissène Habré, salvo que opte por extraditarlo³⁵.

b. Principio de jurisdicción y derecho internacional penal

El derecho internacional penal sustantivo, esto es, la configuración y tipificación de los crímenes internacionales, ha sido elaborado primariamente a través del proceso de formación espontáneo del derecho, referido al derecho internacional consuetudinario, apoyado por la elaboración de principios generales que han presidido la realización de la justicia internacional penal³⁶. Esto fue reconocido por el Tribunal de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial y reiterado posteriormente por los tribunales internacionales penales de fines del siglo XX³⁷.

³⁴ “That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora”. International Court of Justice. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Judgment 20 July 2012, ¶ 99.

³⁵ “[...] (6) Unanimously, *Finds* that the Republic of Senegal must, without further delay, submit the case of Mr. Hissène Habré to its competent authorities for the purpose of prosecution, if it does not extradite him.” International Court of Justice. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Judgment 20 July 2012, ¶122.

³⁶ “There is no question but that crimes against humanity form part of customary international law. They found expression in Article 6(c) of the Nuremberg Charter of 8 August 1945, Article II(1)(c) of Law No. 10 of the Control Council for Germany of 20 December 1945 and Article 5(c) of the Tokyo Charter of 26 April 1946, three major documents promulgated in the aftermath of World War II”. ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. Decision 10 August 1995, ¶ 76.

³⁷ “The same conclusion is reached if Article 5 is construed in light of the principle whereby, in case of doubt and whenever the contrary is not apparent from the text of a statutory or treaty provision, such a provision must be interpreted in light of, and in conformity with, customary international law. In the case of the Statute, it must be presumed that the Security Council, where it did not explicitly or implicitly depart from general rules of international law, intended to remain within the confines of such rules. “A careful perusal of the relevant practice shows that a discriminatory intent is not required by customary international law

Desde la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional penal ha sido progresivamente codificado y, por lo tanto, la fuente convencional positiva se ha agregado a la fuente consuetudinaria y a los principios generales, descartando con ello los intentos de poner en tela de juicio la juridicidad de la configuración del ilícito penal internacional. No cabe olvidar en este contexto la labor importante de la Comisión de Derecho Internacional, en particular con el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Cabe recordar, sin embargo, que hablar en derecho internacional de legalidad penal sería un contrasentido, ya que esa idea responde al contexto estatal y a la fuente clásica por excelencia del derecho estatal: la ley. En efecto, la legalidad, en este sentido, aludiría a una determinada fuente formal del derecho, propia del derecho estatal y que precisamente tiene su origen en la acción monopólica de un Estado. En contraste, el derecho internacional, incluso el penal, es creado por la acción conjunta de varios Estados en tanto sujetos principales del derecho internacional. En este contexto, se debe reconocer, incluso por la teoría clásica, el rol fundamental que en el derecho internacional juega no sólo la fuente convencional, sino también, la fuente consuetudinaria y los principios generales, tales como lo enuncia el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia anexo a la Carta de las Naciones Unidas. Todo ello, además del rol primordial que juega la jurisdicción internacional experta e independiente, moldeando, modelando y precisando el derecho internacional, incluso el penal. Las críticas a la juridicidad de la justicia internacional penal no son nuevas y ya se dejaron oír en Núremberg. Dicho tribunal se encargó de descartar estos ataques otorgando todas las garantías propias del debido proceso, derecho a la defensa y derecho a ser oído. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, enfrentando las mismas críticas, nuevamente descartó el argumento justamente resaltando que dicha jurisdicción garantizaba los elementos del debido proceso, derecho a la defensa y la imparcialidad e independencia del tribunal³⁸.

Como se ha visto, el derecho internacional penal nace y se desarrolla a partir de las fuentes formales y materiales propias de este orden jurídico. Así, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia señaló en 1995 que los actos proscritos en el artículo 3 común a los

for all crimes against humanity". ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Case No.: IT-94-1-A, 15 July 1999, ¶ 287-288.

³⁸ Pellet, Alain. «Compétence matérielle et modalités de saisine», en *La Cour pénale internationale*. Colloque Droit et Démocratie. La Documentation française: Paris, 1999, p. 46; ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. Decision 10 August 1995.

Cuatro Convenios de Ginebra constituyen ilícitos penales bajo el derecho internacional consuetudinario³⁹.

En el contexto de las leyes de amnistía referidas a crímenes internacionales, particularmente crímenes contra la humanidad, se podría argumentar en el orden interno de los Estados el denominado principio de legalidad. De acuerdo con Van Weezel se puede decir que “el principio de reserva o legalidad se asienta sobre una doble base: la potestad exclusiva del legislador –como representante del pueblo– para amenazar con sanciones penales, y la función garantista fundada en el principio de culpabilidad”⁴⁰.

Sin embargo, una de las primeras reflexiones que cabe hacer a este respecto es en torno al sentido del derecho. Y en este contexto, es posible invocar las palabras de Radbruch en cuanto a “los casos donde ni siquiera es perseguida la justicia y donde es negada conscientemente la igualdad que constituye el núcleo esencial de la justicia en el establecimiento del derecho positivo. En ese caso la ley no es solamente ‘derecho injusto’, sino que más bien carece de naturaleza jurídica. Puesto que el derecho no se puede definir de otra manera, incluso el derecho positivo, que como un ordenamiento y estatuto, que según su sentido se halla destinado a servir a la justicia”⁴¹.

³⁹ “[T]he acts proscribed by common Article 3 constitute criminal offences under international law. The fact that common Article 3 is part of customary international law was definitively decided by the International Court of Justice in the *Nicaragua* case (Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.)), 1986 I.C.J. 4 (Merits Judgement of 27 June 1986) in which the Court, applying customary international law, determined that the rules contained in common Article 3 constitute a “minimum yardstick” applicable in both international and non-international armed conflicts, thus finding that these prohibitions are part of customary international law. As early as 1958 the view was already held that common Article 3: [...] merely demands respect for certain rules, which were already recognised as essential in all civilised countries, and embodied in the municipal law of the states in question, long before the Convention was signed. [...] no government can object to observing, in its dealings with internal enemies, whatever the nature of the conflict between it and them, a few essential rules which it in fact observes daily, under its own laws, even when dealing with common criminals. (*Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949: [No.] IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* 36 (Pictet ed., 1958).) A more recent commentator notes that “[...] the norms stated in Article 3(1)(a)-(c) are of such an elementary, ethical character, and echo so many provisions in other humanitarian and human rights treaties, that they must be regarded as embodying minimum standards of customary law also applicable to non-international armed conflicts”. (Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 35 (1991).)”. ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. Decision 10 August 1995, para. 67.

⁴⁰ Van Weezel, Alex. “Inadmisibilidad de las ‘leyes interpretativas’ en *malam partem* en materia penal”, en *Gaceta Jurídica*, núm. 323 (2007), pp. 14-30, especialmente, p. 14.

⁴¹ Radbruch, Gustav. *El hombre en el derecho*. Traducción de Aníbal del Campo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 135.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas ocasiones ha declarado que las leyes de amnistía decretadas por los propios usurpadores del poder para cubrir los graves ilícitos violatorios de los derechos humanos (auto-amnistías) están prohibidas y no son admisibles por el derecho internacional. Además, ha señalado que las leyes de amnistía adoptadas democráticamente por las asambleas de representantes o incluso ratificadas directamente por el pueblo, están prohibidas y no son admisibles por el derecho internacional⁴². En este contexto, se inserta el concepto de democracia material y la esfera de lo “no decidible” sostenido por Ferrajoli⁴³.

Ferrajoli coincide en este punto con el postulado de una sociedad cosmopolita de Kant⁴⁴. En derechos humanos, la esfera de lo indecidible se expresa con singular intensidad generalmente a través de prohibiciones de acción (tales como la prohibición de la tortura, de la esclavitud, del apartheid, etc.), las que forman las bases de un derecho imperativo, que se caracteriza, *inter alia*, por ser inderogable, es decir, por estar fuera del alcance de la decisión de las mayorías; estos derechos se erigen, por tanto, como una limitación fundamental al ejercicio de la democracia.

En este contexto, entonces, aparece la crítica vinculada con el principio *nullum crimen sine lege* o principio de legalidad. Respecto a ello, debemos recordar que en el derecho Internacional el principio de legalidad no puede ser equiparado con la necesaria existencia de una norma convencional. En efecto, no se puede considerar que se viole tal principio, si es que se pretende sancionar una violación seria del Derecho Internacional Humanitario y que es contraria al Derecho Internacional en general⁴⁵. De manera similar al Tribunal de Núremberg, el Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia superó este obstáculo. Desde la perspectiva de la pena también se ha desarrollado este principio. En este contexto,

⁴² Vid. Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

⁴³ Ferrajoli, Luigi. “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, 2008, pp. 337-343; Ana Micaela Alterio. “La ‘esfera de lo indecidible’ en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 13, enero 2011, pp. 3-36; Rentería Díaz, Adrián: “Constitución y democracia. ¿Límites y vínculos?”, en *CONfines* 3/6 agosto-diciembre 2007, pp. 11-26.

⁴⁴ Santiago Oropeza, Teresa. “Kant y su proyecto de una paz perpetua (en el bicentenario de su muerte)”, en *Revista Digital Universitaria*, Volumen 5, Número 11, 2004. Disponible en: <http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art77/int77.htm> [Visitada 23/7/2012]; Llanos Alonso, Fernando. *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002.

⁴⁵ Greenwood, Christopher. “International Humanitarian Law and the Tadic case” en *European Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 281.

la Corte Penal Internacional ha sostenido que “[a]rticle 23 of the Statute reflects the *nulla poena sine lege* principle, namely the convicted person can only be punished in accordance with the Statute”⁴⁶.

Refiriéndose a la Corte Penal Internacional, el profesor Pellet observa que “la nueva institución internacional penal intentó cumplir con lo que en derecho interno se denomina principio de legalidad penal. En efecto, de acuerdo con los principios de base del derecho penal y el principio *nullum crimen sine lege*, no parecía concebible que la Corte Penal Internacional pudiera condenar a un individuo sin que los elementos constitutivos del crimen estuvieran definidos. Por esta razón, la solución que concitó mayor acuerdo fue “volver a partir de cero y redefinir los cuatro grandes crímenes aun cuando estuviera bien establecida su definición consuetudinaria. Visiblemente, se desconfía de tal manera de los jueces que se inventan largas listas (reconocidas desde el principio como incompletas) de elementos constitutivos, de una manera totalmente arbitraria ya que yo desafío a cualquiera a que explique por qué tal o tal elemento ha sido retenido como elemento constitutivo de los crímenes contra la humanidad o de los crímenes de guerra más bien que tales otros. De dos cosas una para el futuro: o bien la Corte se considera vinculada por estas definiciones que no lo son realmente y ella se encontrará impedida de sancionar los crímenes del futuro (porque el genio inventivo del hombre en el horror parece que no tiene límites); o bien la Corte irá más allá y el criticable compromiso retenido aparecerá por lo que es: una prudencia mediocre”⁴⁷.

En este sentido, a nuestro juicio tiene toda la razón Meron cuando afirma, a propósito del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que ninguna persona que ha cometido actos que reflejan crímenes elementales como tortura, asesinato, tratos crueles, inhumanos, degradantes, ejecuciones extrajudiciales, etc., prohibidos a la sazón en prácticamente todos los Estados, podría reclamar de buena fe que no comprendía que esos actos estaban prohibidos. El principio *nullum crimen* protege al individuo solamente de ser sancionado por un acto que razonablemente creía ser jurídico (o legal en términos del derecho estatal) cuando lo cometió⁴⁸.

⁴⁶ International Criminal Court: Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Trial Chamber I. Before: Judge Adrian Fulford. Presiding Judge; Judge Elizabeth Odio Benito; Judge René Blattmann. Public Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. No.: ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, ¶ 18.

⁴⁷ Pellet, Alain. «Compétence matérielle et modalités de saisine», en *La Cour pénale internationale*. Colloque Droit et Démocratie. La Documentation française: Paris, 1999, p. 46.

⁴⁸ ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. Decision 10 August 1995, para. 69; Meron, Theodor. *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 Am. J. Int'l. L. 554, 566 (1995).

Además, vale la pena tener presente lo señalado por el profesor Diez Picazo. Según este autor, la idea del principio de legalidad hay que tomarla “cum grano salis”, en el sentido de que “existirá un principio de legalidad en aquellos sectores del ordenamiento, que, según la naturaleza de las cosas, reclaman tal principio de legalidad, pero no respecto del ordenamiento globalmente considerado o en su totalidad”⁴⁹.

La justicia internacional penal constituye un pilar fundamental del orden jurídico internacional. Entre los desarrollos que ha venido experimentando el derecho internacional se encuentra el proceso lento, pero seguro de afirmación del Estado de Derecho internacional. Esta afirmación se produce en conjunto con otros dos pilares elementales del orden jurídico internacional, a saber, la democracia y los derechos humanos. En otras palabras, creemos que las bases sobre las que se sustenta el orden internacional constitucional, son las mismas sobre las que se apoya el orden constitucional interno o estatal: democracia, Estado de Derecho y derechos humanos.

En cuanto al Estado de Derecho en el plano internacional, recientemente, este tema ha sido incorporado a la agenda por la Asamblea General. Desde un punto de vista formal, se le ha solicitado una serie de informes sobre este tópico al Secretario General de las Naciones Unidas. Bajo la formulación de principio, se ha incorporado el concepto de Estado de derecho en el plano nacional e internacional a documentos oficiales relevantes. De hecho, esta noción ya formaba parte de importantes instrumentos internacionales. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 alude en su preámbulo al Estado de Derecho, señalando que “es esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de derecho”. La versión francesa de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica, de manera similar a la versión española, “qu’il est essentiel que les droits de l’homme soient protégés par un régime de droit”. Sin embargo, desde el punto de vista de la asimilación que tradicionalmente se hace entre los distintos idiomas respecto de la expresión Estado de Derecho, la versión en inglés es mucho más clara: “it is essential [...] that human rights should be protected by the rule of law”. Asimismo se ha creado una unidad especial sobre el Estado de Derecho en el seno de la Oficina Ejecutiva del Secretario General de las Naciones Unidas. Además, se ha creado un Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho y la Dependencia sobre el Estado de Derecho, para facilitar el debate entre los Estados con miras a fomentar el Estado de Derecho en el plano internacional.

⁴⁹ Diez Picazo, Luis. “Constitución y fuentes de derecho”, en VV.AA.: *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 649-665, especialmente, p. 655.

2. Estándares básicos del Estado de Derecho internacional

Dentro de las medidas adecuadas y necesarias que deben adoptar los Estados, orientadas a la población y a la protección de su dignidad, se encontraría el aseguramiento y fortalecimiento nacional de los medios para la apropiada administración de justicia y, fundamentalmente, la realización efectiva del acceso a la justicia del individuo.

Como se verá, se pueden considerar como componentes y estándares del Estado de Derecho internacional el acceso a la justicia para las víctimas, el derecho a la verdad, el rechazo a la impunidad, la responsabilidad de los autores por las violaciones a los derechos humanos, la rendición de cuentas a los perpetradores, la reparación adecuada de estas violaciones⁵⁰. Estos estándares son requerimientos que el derecho internacional ha ido modelando para asegurar que una sociedad –tras un conflicto armado (nacional o internacional) o una prolongada dictadura que ha violado persistentemente los derechos humanos y/o el derecho internacional o humanitario– pueda avanzar hacia una paz duradera, una verdadera reconciliación, en un contexto democrático y sostenible. Una verdadera justicia de transición⁵¹, reparadora, integral y “recomponedora” de una cohesión social, debería reunir estos elementos⁵². En este

⁵⁰ “Emphasizes the importance of a comprehensive approach to transitional justice, incorporating the full range of judicial and non-judicial measures, including, among others, individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting of public employees and officials, or an appropriately conceived combination thereof, in order to, inter alia, ensure accountability, serve justice, provide remedies to victims, promote healing and reconciliation, establish independent oversight of the security system and restore confidence in the institutions of the State and promote the rule of law in accordance with international human rights law”. General Assembly: Report of the Human Rights Council on its twelfth session. Vice-President and Rapporteur: Mr. Hisham Badr (Egypt). U.N. Doc. A/HRC/12/50, cap. I, resolución 12/11, ¶ 4.

⁵¹ “El Reino Unido entiende la justicia de transición como el conjunto de mecanismos empleados en las sociedades embarcadas en una transición hacia la democracia. Ese proceso suele tener lugar tras un conflicto armado (nacional o internacional) o una prolongada dictadura la que ha violado persistentemente los derechos humanos y/o el derecho internacional o humanitario. El objetivo de la justicia de transición es impartir justicia y lograr la reconciliación combatiendo la impunidad. Los mecanismos para asistir en el proceso de reforma política pueden ser judiciales, extrajudiciales o una combinación de ambos”. “Los mecanismos más comunes de justicia de transición son los siguientes: a) Poder judicial (mecanismos de justicia del Estado y mecanismos de justicia no tradicionales). [...] b) Averiguación de la verdad (comisiones de averiguación de la verdad, de investigación y/o de memoria histórica). [...] c) Reparación. [...] d) Reforma institucional. Todos estos procesos deben aplicarse de conformidad con el derecho internacional”. Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 83.

⁵² General Assembly. Analytical study on human rights and transitional justice. U.N. Doc. A/HRC/12/18, 6 August 2009; General Assembly. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights

sentido, cabe recordar lo afirmado por Australia respecto de los tribunales internacionales penales en cuanto a que “[m]ediante sus actividades de divulgación, esos tribunales han creado un espacio de compromiso público respecto de cuestiones relacionadas con la rendición de cuentas”⁵³. Por su lado, Austria ha sostenido que “los tribunales internacionales han influido decisivamente en el desarrollo del derecho penal internacional y se han convertido en pilares del estado de derecho”⁵⁴.

En esta segunda parte, nuestro análisis se concentra en el examen del acceso a la justicia, el rechazo a los obstáculos para este acceso y la lucha contra la impunidad.

a. El acceso a la justicia como pilar del Estado de Derecho

La justicia internacional penal forma parte del proceso de afianzamiento del Estado de Derecho en el plano internacional. El Estado de Derecho en el ámbito internacional requiere como supuesto una consolidación del Estado de Derecho a nivel estatal. La debilidad del Estado de Derecho en los Estados dificultará el proceso de construcción de un Estado de Derecho entre los miembros de la comunidad internacional. En consecuencia, este supuesto no hace sino afirmar a los Estados y a sus competencias estatales porque sin los Estados y el despliegue de sus competencias, la justicia internacional penal no sería posible. Tal como ha dicho Nadya Sadat, “uno de los principales obstáculos para establecer el estado de derecho ha sido la cultura de la impunidad”⁵⁵.

Los avances de la justicia internacional penal, delinean las bases de un Estado de Derecho internacional, el cual se nutre, obviamente, de los principios básicos del Estado de Derecho ya aceptados para el orden constitucional. Los desarrollos de la justicia internacional, en cuanto elemento básico del Estado de Derecho internacional, necesariamente se proyecta al nivel estatal, lugar privilegiado para la realización concreta de la justicia internacional penal.

analytical study on human rights and transitional justice. Addendum. Inventory of human rights and transitional justice aspects of recent peace agreements. U.N. Doc. A/HRC/12/18/Add.1, 21 August 2009.

⁵³ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, pp. 25-28.

⁵⁴ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, pp. 31, 32, 34.

⁵⁵ Nadya Sadat, Leila. “Redefining Universal Jurisdiction”, en *New England Law Review*, vol 35, núm 2/2001, pp. 241-263, especialmente, p. 241.

El derecho internacional cuenta con que el Estado ejerza sus competencias estatales y realice a través de sus instituciones y de la incorporación del derecho internacional penal en su orden jurídico interno, la justicia internacional penal. En este sentido, el derecho interno, particularmente, el derecho constitucional, es el complemento necesario del derecho internacional y la justicia estatal es la coadyuvante y complementaria de la justicia internacional penal.

En la realización de la justicia internacional penal, el Estado de Derecho interno participa del Estado de Derecho internacional, esto es, a través de la actitud de sus tribunales y órganos estatales, el Estado actúa como ente actualizador del Estado de Derecho internacional. En este sentido, los Estados han reiterado que la responsabilidad estatal de hacer justicia a las víctimas de crímenes internacionales debe hacerse de conformidad con las normas internacionales⁵⁶.

Así, por ejemplo, la justicia argentina ha condenado en julio de 2012 al ex - dictador argentino Jorge Rafael Videla por crímenes contra la humanidad. En efecto, la “justicia argentina dictó sentencia sobre uno de los delitos más aberrantes de la última dictadura militar que gobernó entre 1976 y 1983: el plan sistemático de apropiación ilegal de menores. El ex dictador Jorge Rafael Videla fue condenado a 50 años de cárcel, mientras que Reynaldo Bignone fue sentenciado a 15 años, decisión comunicada esta tarde por el Tribunal Oral Federal Número 6 de Buenos Aires”⁵⁷.

Esta condena constituye un caso inédito en la historia de la justicia argentina ya que “por primera vez la justicia consideró que la apropiación ilegal de menores no fue un hecho aislado sino una política elaborada y aplicada por la cúpula de las Fuerzas Armadas como parte de una estrategia más amplia de represión ilegal contra la subversión en la década de 1970”⁵⁸.

⁵⁶ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, pp. 32, 34 y 63.

⁵⁷ «Justicia argentina condena a 50 años de cárcel a Videla por robo de guaguas en dictadura militar», en La Tercera, 05/07/2012. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/mundo/2012/07/678-470575-9-justicia-argentina-condena-a-50-anos-de-carcel-a-videla-por-robo-de-guaguas-en.shtml> [Visitado el 4/7/2012]

⁵⁸ “Condenan a Jorge Rafael Videla a 50 años de cárcel por robo de bebés en dictadura argentina”, La Segunda, jueves, 05 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.lasegunda.com/Noticias/Internacional/2012/07/761376/Condenan-a-Jorge-Rafael-Videla-a-50-anos-de-carcel-por-robo-de-bebes-en-dictadura-argentina> [Visitado el 5/7/2012]

Dentro de los casos investigados en el proceso judicial contra *Videla y otros* está “el caso de Macarena, la nieta del poeta argentino Juan Gelman, que fue localizada en el año 2000 en Uruguay, donde nació mientras su madre estaba detenida”⁵⁹. El caso de Juan Gelman es también recordado por la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominada *Gelman vs. Uruguay*, de febrero de 2011, que involucra, entre otras cosas, la supresión de la identidad y de la nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena⁶⁰.

Este destacable avance en el proceso de humanización del derecho y de reivindicación del derecho de acceso a la justicia pronta, real y efectiva para todas las víctimas, enlaza con verdaderos hitos jurisprudenciales, pero, esta vez, desde la perspectiva de los derechos humanos. En efecto, esta senda de desarrollo y de progreso nos recuerda los casos *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *La Cantuta vs. Perú*, todos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo para señalar aquellos que fueron abriendo el camino del acceso a la justicia para las víctimas cuando enfrentaban obstáculos impuestos por el derecho estatal para la realización de la justicia⁶¹. Estos casos se han ido reiterando en

⁵⁹ «Videla, condenado a 50 años por robo de bebés durante dictadura argentina: La justicia acusa al dictador de sustracción, retención y ocultamiento de niños menores de 10 años», en *La Vanguardia, Internacional*, 06/07/2012. Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/internacional/20120706/54320679901/videla-condena-robo-bebes-dictadura-argentina.html> [Visitado el 4/7/2012]; En la versión en español del sitio de noticias de la BBC Mundo, aparece el testimonio de Victoria Montenegro, reproducida en el sitio internet de El Mostrador. Entre los comentarios a dicha noticia aparece la siguiente opinión: “[...] estos testimonios me producen una tremenda pena, una angustia de solo imaginar lo que estas personas han vivido, de los amargos tragos que han debido beber sin siquiera buscarlo o merecerlo, eso en lo particular, pero en lo general más pena me da confirmar a través de estas experiencias lo perverso, e inhumano que puede llegar a ser el humano, cuanto discurso de moral, principios, valores, el sustento de la conducta del hombre que debiera tender a la superación, al mejoramiento y a la evolución hacia un mundo y un humano mejor y más completo, más armónico y más espiritual, se ven destrozadas e ignoradas por conductas como estas que no solo afectan a los protagonistas sino que de paso tiñen las mentes y las conciencias del resto de la comunidad que algo sabe, que de algo se entera, que encubre, colabora, apoya, omite, todo este tipo de prácticas, tráfico de personas, de drogas, de armas, de influencias, el dinero, el poder, la vanidad, la ostentación parecen dirigir las almas y las conciencias de hoy, evidentemente no es un escenario muy alentador para quienes creen que el ser tiene en su espiritualidad el componente más importante...” Vid. «La traumática vida de un bebé robado por el régimen militar argentino», en *BBC Mundo*, 6 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/mundo/2012/07/06/la-traumatica-vida-de-un-bebe-robado-por-el-regimen-militar-argentino/> [Visitado el 7/7/2012]

⁶⁰ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

⁶¹ Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

el curso de los años y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha mantenido invariable en los últimos fallos⁶².

Las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –estas últimas obligatorias y vinculantes para los Estados partes– han contribuido, en forma determinante, a modelar y consolidar un Estado de Derecho internacional, en este caso, concretamente interamericano. Lamentablemente, en una línea que no favorece en nada la protección de los derechos humanos y socava los fundamentos de un Estado de Derecho, algunos sugieren que la actividad de estos órganos interamericanos de protección de los derechos humanos –así como de otras instituciones de promoción y defensa de los derechos humanos–⁶³, instaurados por la voluntad de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, está dominada por “la izquierda”⁶⁴. Es curioso, por decir lo menos, contrastar estas afirmaciones con el mismo tipo de ataques contra los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, pero precisamente con el argumento inverso, que efectúan Estados como Venezuela o Ecuador⁶⁵. ¿Qué nos puede decir sobre la objetividad en

⁶² Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, ¶ 176-177.

⁶³ “El INDH parece estar transformándose en una “ONG más” (precisamente lo que la literatura especializada busca evitar); persiguiendo una agenda de investigación estructurada sobre bases ideológicas asociadas a la izquierda y buscando transformarse en un inquisidor del actual gobierno”. Verdugo R., Sergio y García G., José Francisco. “Radiografía al Instituto Nacional de DD. HH. (INDH)”. Disponible en: <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2012/06/SI-INDH-versi%C3%B3n-final.pdf> [Visitado el 7/7/2012]; “En este marco, resulta inconveniente atribuir y distribuir las obligaciones legales, constitucionales e internacionales del Instituto y de sus órganos, a izquierdas y/o derechas. La convicción del Consejo, más allá de las legítimas opciones personales de sus integrantes, es que los derechos humanos constituyen deberes integrales y transversales para el Estado de Chile”. Declaración Pública. Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) aclara contenido del documento “Radiografía al Instituto Nacional de Derechos Humanos”. Santiago de Chile, 27 de junio de 2012. Disponible en: <http://www.indh.cl/declaracion-publica-consejo-del-instituto-nacional-de-derechos-humanos-indh-aclara-contenido-del-documento-radiografia-al-instituto-nacional-de-derechos-humanos> [Visitado el 11/7/2012]

⁶⁴ “[B]uscamos [...] preguntarnos –al mirar su composición, agenda, etc.– si no se trata más bien de una institución que ha sido capturada por la izquierda latinoamericana”. Verdugo R., Sergio y García G., José Francisco. “Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)* N° 25, Enero 2012, pp. 175-216.

⁶⁵ “El presidente venezolano, Hugo Chávez, abogó el lunes porque Venezuela se retire de “inmediato” de la “tristemente célebre” Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), un organismo que, afirma, Estados Unidos utiliza contra su país”. “Chávez quiere retirar de «inmediato» a Venezuela de la «tristemente célebre» CIDH”, en *Noticias24.com*, 30 abril de 2012. Disponible en: <http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/104985/chavez-asoma-que-venezuela-podria-retirarse-de-la-cidh/> [Visitado el 7/7/2012]; “El canciller de Ecuador, Ricardo Patiño, acusó este jueves a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de “inquisidora” y de excederse en sus funciones al emitir medidas cautelares en el caso del diario *El Universo*”. “Ecuador acusa a CIDH de “inquisidora” y de excederse en caso de

su funcionamiento que “izquierdas” y “derechas” ataquen los órganos del sistema interamericano de derechos humanos? Aun cuando parezca trivial mencionarlo, cabe reiterar que los derechos humanos no son creación –tampoco propiedad– ni de la izquierda ni de la derecha ni de ninguna ideología política. Sin duda que los derechos humanos no son neutrales y los órganos encargados de su supervisión no pueden ser neutrales. Su actuación debe ser guiada para otorgar la mayor y mejor protección del individuo, razón de ser de todo el sistema. Además, la interpretación que de los derechos humanos se hace por órganos expertos está guiada por principios rectores, uno de los cuales es el principio *pro homine*.

Todas estas sentencias sólo son un paso más en este largo proceso de evolución consistente en la humanización del derecho, representado por un mayor y más asertivo acceso a la justicia para las víctimas y grupos vulnerables, así como por un diseño cada vez más claro de los elementos esenciales de un Estado de Derecho internacional. En este contexto, cabe recordar que Mayer sostuvo que “[...] la humanidad se nos presenta en las más variadas formas, de las que mencionamos, por su importancia, las siguientes: el avance victorioso de la igualdad jurídica, la imparcialidad en el proceso, la humanización de las penas y el fortalecimiento del Derecho internacional”⁶⁶.

La voluntad de los Estados miembros de la comunidad internacional ha ido instalando *expressis verbis* las bases para el Estado de Derecho internacional.

En este sentido, por ejemplo, Austria ha sostenido que “[e]l estado de derecho y la justicia de transición están firmemente arraigados en las normas de derechos humanos. El derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a interponer un recurso efectivo debe garantizarse en todo momento”⁶⁷. Nueva Zelandia, por su parte, “considera que el estado de derecho es fundamental en la esfera de la justicia de transición, en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos”⁶⁸. En esta misma línea, Eslovenia sostiene que “[e]s importante

El Universo”, en La Tribuna, 29 marzo de 2012. Disponible en: <http://www.latribuna.hn/2012/03/29/ecuador-acusa-a-cidh-de-inquisidora-y-de-excederse-en-caso-de-el-universo/> [Visitado el 7/7/2012]

⁶⁶ Mayer, Max Ernst. *Filosofía del derecho*, traducción de la 2ª Ed. original por Luis Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, pp. 193-194.

⁶⁷ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 38.

⁶⁸ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 54.

asegurar que las actuaciones judiciales sean justas e imparciales y que en ellas se determine la responsabilidad por graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado, pues solo la justicia puede propiciar una paz duradera”⁶⁹. Australia, Austria y Suecia complementan esta posición afirmando que “[l]a elección nunca debe ser entre la paz y la justicia”⁷⁰. Kenia acepta que la adopción de medidas para realizar la justicia a las víctimas de crímenes y violaciones a los derechos humanos es una obligación para todos los Estados⁷¹.

La prohibición de la impunidad, sobre todo en el contexto de violaciones a los derechos humanos y de crímenes internacionales, se justifica, entre otras razones, por el principio de acceso a la justicia. El acceso a la justicia para todos los sujetos de derecho –incluidos, por cierto, individuos y pueblos– es un elemento básico del Estado de Derecho⁷². En este ámbito, se ha rescatado y revalorizado la noción de víctima –tanto individual como colectiva– en cuya función debe entenderse el derecho a la reparación adecuada e integral. El proceso de humanización del derecho ha hecho que se le reconozca en forma gradual a la víctima el derecho de acceso a la justicia, en la esfera nacional como internacional.

Desde el punto de vista del acceso a la justicia de todas las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, Suecia ha sostenido que “la mayoría de los autores de abusos no son llevados a la Corte Penal Internacional y a menudo escapan a toda forma de castigo. Ello se debe con frecuencia a la falta de voluntad política. [...] También es posible que se conceda amnistía a los responsables. [...] No cabe duda alguna de que la impunidad que a menudo reina durante un conflicto armado y después de este debe cesar para que la sociedad pueda avanzar en una dirección democrática y sostenible”⁷³. Austria ha afirmado que “aunque las amnistías permitan que se lleve a cabo un proceso de reconciliación respecto de algunos de

⁶⁹ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 60.

⁷⁰ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, pp. 25, 31 y 63.

⁷¹ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 53.

⁷² “The right to a fair trial is central to the rule of law: it upholds the due process of law”. ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić. Case No.: IT-94-1-A, 15 July 1999, ¶ 43.

⁷³ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, p. 63.

los responsables, no deben otorgarse por violaciones graves del derecho internacional humanitario o las normas de derechos humanos”⁷⁴. Por su parte, Australia ha señalado que “[l]as amnistías y la inmunidad generalizada contra posibles enjuiciamientos no deben impedir que rindan cuentas quienes más responsabilidad tengan por la comisión de esos crímenes”⁷⁵.

Otro de los aspectos que en forma permanente tensiona los principios clásicos del derecho internacional, como se verá a continuación, es la inmunidad de los soberanos.

b. La inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno

En el contexto de los estándares del Estado de Derecho internacional, una de las aristas más debatidas, incluso hasta el día de hoy, en el ámbito del derecho internacional penal, es la inmunidad de jefes de Estado y de Gobierno. En esta parte no se efectúa un análisis conceptual de la inmunidad en derecho internacional, sino que más bien realizaremos un breve examen de la jurisprudencia internacional pertinente a este respecto.

El Estatuto de Roma, establece tajantemente en su normativa positiva que no existe inmunidad para los jefes de Estado o de Gobierno tratándose de crímenes contemplados en el Estatuto. En efecto, el artículo 27 (relativo a la improcedencia del cargo oficial) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 establece:

“1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

⁷⁴ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, pp. 31, 32, 34.

⁷⁵ Asamblea General. El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho. Informe del Secretario General. Doc. N.U. A/66/133, 8 de agosto de 2011, pp. 25-28.

De este modo, uno de los progresos más notables que se realizó en el terreno práctico fue la emisión de órdenes de detención internacional por la Corte Penal Internacional en contra del Presidente de Sudán, Omar Hassan Al-Bashir (1989 [1993]- el presente), por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y por el crimen de genocidio en la región de Darfur. Esta fue la primera vez que la Corte Penal Internacional acusa a un Jefe de Estado en ejercicio, persiguiendo su responsabilidad penal individual. Lo que demuestra una vez más –como lo ha destacado el ex Presidente del Consejo Constitucional francés, Robert Badinter– que no puede haber refugio ni excusa jurídico-procesal que impida u obstaculice la realización de la justicia: si alguien es acusado fundadamente de un crimen, debe ser juzgado y, en su caso, sancionado proporcionalmente⁷⁶.

En efecto, en marzo de 2009, por primera vez en la historia de la Corte Penal Internacional, este tribunal pronunció cargos por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en contra de un Jefe de Estado en ejercicio, emitiendo la respectiva orden de arresto⁷⁷. En este sentido, la Corte Penal Internacional señaló:

“Considerando que, por las razones expuestas, hay motivos razonables para creer que Omar Al Bashir es penalmente responsable en calidad de autor indirecto, o en calidad de coautor indirecto, con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto, por:

- i. dirigir intencionalmente ataques contra una población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades como crimen de guerra, en el sentido del inciso i) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto;
- ii. saqueo como crimen de guerra, en el sentido del inciso v) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto;
- iii. asesinato como crimen de lesa humanidad, en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto;

⁷⁶ “[C]’est la reconnaissance par la société internationale d’une exigence morale impérative à laquelle on doit répondre: on ne peut pas laisser les auteurs de génocides, les auteurs de déportations, les auteurs de massacres collectifs, les auteurs de viols collectifs, couler une vieillesse paisible et quelquefois honorés à la faveur de lois d’amnistie, en pêchant au bord d’un lac, entourés de leurs petits enfants. Cela n’est pas moralement admissible”. Badinter, Robert. “Introduction”, en *La Cour pénale internationale*. Colloque Droit et Démocratie. La Documentation française: Paris, 1999, p. 5.

⁷⁷ “Last year the court charged Bashir with war crimes over the conflict in Darfur, making him the first sitting head of state issued with an arrest warrant by the ICC”. Vid. Associated Press in The Hague. “Omar al-Bashir charged with Darfur genocide”, en *The Guardian*, Monday 12 July 2010. Disponible en: <http://www.guardian.co.uk/world/2010/jul/12/bashir-charged-with-darfur-genocide> [Visitado el 19/7/2012]

- iv. exterminio como crimen de lesa humanidad, en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto;
- v. traslado forzoso como crimen de lesa humanidad, en el sentido del apartado d) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto;
- vi. tortura como crimen de lesa humanidad, en el sentido del apartado f) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto; y
- vii. violación como crimen de lesa humanidad, en el sentido del apartado g) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto”⁷⁸.

Además, en julio de 2010, la Corte Penal Internacional emitió una nueva orden de arresto en contra del Presidente de Sudán Omar Hassan al-Bashir por cargos de genocidio durante la guerra en Darfur⁷⁹. El caso contra al-Bashir también es un hito desde el momento en que es la primera vez que la Corte Penal Internacional emite una orden de detención por el crimen de genocidio⁸⁰. En este sentido, la Corte Penal Internacional expresó que:

“[C]onsiderando que, por las razones expuestas, hay motivo razonable para creer que Omar Al Bashir es penalmente responsable en calidad de autor indirecto, o en calidad de coautor indirecto, con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto, de:

- i. Genocidio mediante matanza, en el sentido del apartado a) del artículo 6 del Estatuto;
- ii. Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental, en el sentido del apartado b) del artículo 6 del Estatuto; y

⁷⁸ Corte Penal Internacional. Situación en Darfur (Sudán) en el caso del Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”). Sala de Cuestiones Preliminares I. N°: ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, p. 8.

⁷⁹ Vid. R.C. “Omar al-Bashir: Genocide too”, en *The Economist*, Jul 13th 2010. Disponible en: http://www.economist.com/blogs/baobab/2010/07/omar_al-bashir [Visitado el 19/7/2012]

⁸⁰ “This is the first time the ICC has issued an arrest warrant for the crime of genocide. The warrant is for al-Bashir’s alleged role as an indirect perpetrator or indirect co-perpetrator of genocide in Darfur through killing, causing bodily or mental harm, and deliberately inflicting conditions of life calculated to bring physical destruction”. Vid. «Sudan: ICC Warrant for Al-Bashir on Genocide», en Human Rights Watch, July 13, 2010. Disponible en: <http://www.hrw.org/news/2010/07/13/sudan-icc-warrant-al-bashir-genocide> [Visitado el 19/7/2012]

iii. Genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, en el sentido del apartado c) del artículo 6 del Estatuto”⁸¹.

En abril de 2010, a pesar de estar acusado por crímenes de guerra y contra la humanidad y de existir una orden de detención internacional en su contra, Al-Bashir ganó la primera elección multipartidista en más de 20 años en Sudán. Una elección curiosamente asistida en su organización por las Naciones Unidas. Ese país es un gran productor y exportador de petróleo, cuyas reservas se encuentran, entre otros, en la zona sur de Sudán. En enero de 2011, luego de años de conflicto con fuerzas del sur, se realizó un referéndum en el cual el sur de Sudán votó ampliamente por escindirse y constituirse en un país separado de Sudán⁸². Al-Bashir aceptó públicamente los resultados y Sudán del Sur se convirtió en el país más nuevo del mundo en julio de 2011⁸³.

Por su parte, Slobodan Milosevic, ex Presidente de la antigua Yugoslavia (Serbia y Montenegro) fue arrestado en 2001 y transferido a las autoridades del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para que compareciera en el juicio por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, incluyendo el crimen de genocidio durante la guerra de los Balcanes⁸⁴. Desde el punto de vista de la inmunidad, recuérdese que en 1999, en la acusación relativa a Kosovo, se formuló cargos contra, *inter alia*, Slobodan Milosevic, en

⁸¹ Corte Penal Internacional. Situación en Darfur (Sudán) en el caso del Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”). Sala de Cuestiones Preliminares I. Nº: ICC-02/05-01/09, 12 de julio de 2010, p. 9.

⁸² Vid. «Profile: Sudan’s Omar al-Bashir», en BBC News Africa, 5 December 2011. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-16010445> [Visitado el 19/7/2012]

⁸³ Vid. «Omar Hassan al-Bashir», en The New York Times, April 23, 2012. Disponible en: http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/b/omar_hassan_al_bashir/index.html [Visitado el 19/7/2012]

⁸⁴ «After the fall of Srebrenica in July 1995, almost all captured Bosnian Muslim men and boys, altogether several thousands, were executed at the places where they had been captured or at sites to which they had been transported for execution». The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *The Prosecutor of the Tribunal against Slobodan Milosevic*. «Bosnia and Herzegovina» Indictment. Case No. IT-01-51-I, ¶ 32; «The President of the Tribunal, Judge Claude Jorda, said that the transfer of Slobodan Milosevic to the Tribunal is a turning point and the beginning of a new era in the development of international criminal justice. The forthcoming trial of a former Head of State is a new and irreversible step in relation to the international community’s resolve to fight against impunity». *Slobodan Milosevic transferred into the custody of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Press Release. The Hague, 29 June 2001, C.C./P.I.S./597-e; «As pointed out by Justice Arbour in her application to Judge Hunt, “this indictment is the first in the history of this Tribunal to charge a Head of State during an on-going armed conflict with the commission of serious violations of international humanitarian law”». *President Milosevic and Four other Senior FRY Officials Indicted for Murder, Persecution and Deportation in Kosovo*. Press Release. The Hague, 27 May 1999, JL/PIU/403-E.

ese momento Presidente en ejercicio de la República Federal de Yugoslavia y contra Milán Milutinovic, en ese momento, Presidente en ejercicio de la República Serbia y, por lo tanto, Jefe de Estado⁸⁵. Lamentablemente, el ex Presidente Yugoslavo falleció en custodia en el año 2006 estando pendiente el proceso internacional en La Haya en su contra⁸⁶.

Por otra parte, el ex líder político serbio-bosnio y Presidente de la administración serbio-bosnia Radovan Karadzic, fue arrestado en 2008, más de una década después de estar en calidad de fugitivo, desde su desaparición en 1996, y puesto a disposición del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en La Haya, para ser enjuiciado por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Debido a la envergadura de los cargos de que se le acusa y al carácter de su persona, luego del fallecimiento de Milosevic, Karadzic es uno de los acusados más emblemáticos ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Un extracto de una descripción del cargo de genocidio puede servir para comprender la *raison d'être* de la justicia internacional penal:

«Thousands of Bosnian Muslim and Bosnian Croat civilians, including women, children and elderly persons, were detained in these facilities for protracted periods of time. They were not afforded judicial process and their internment was not justified by military necessity. They were detained, in large measure, because of their national, religious and political identity. The conditions in the detention facilities were inhumane and brutal. [...] Detention facility personnel, intending to destroy Bosnian Muslim and Bosnian Croat people as national, ethnic or religious groups, killed, seriously injured and deliberately inflicted upon them conditions intended to bring about their physical destruction. Detainees were repeatedly subjected to and/or witnessed inhumane acts, including murder, rape, sexual assault, torture, beatings, robbery as well as other forms of mental and physical abuse. In many instances, women and girls who were detained were raped at the camps or taken from the detention centres and raped or otherwise sexually abused at other locations. Daily food rations

⁸⁵ «Beginning on or about 1 January 1999 and continuing until the date of this indictment, forces of the FRY and Serbia, acting at the direction, with the encouragement, or with the support of Slobodan MILOSEVIC, Milan MILUTINOVIC, Nikola SAINOVIC, Dragoljub OJDANIC, and Vljako STOJILJKOVIC, have murdered hundreds of Kosovo Albanian civilians. These killings have occurred in a widespread or systematic manner throughout the province of Kosovo and have resulted in the deaths of numerous men, women, and children». The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. The Prosecutor of the Tribunal against Slobodan Milosevic, Milan Milutinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Vljako Stojiljkovic. Kosovo Indictment. Case No. IT-99-37, ¶ 98.

⁸⁶ «At a glance: Hague tribunal», en BBC News, 20 July 2011. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-13565770> [Visitado el 9/7/2012]

provided to detainees were inadequate and often amounted to starvation rations. Medical care for the detainees was insufficient or non-existent and the general hygienic conditions were grossly inadequate.»⁸⁷

En este proceso, en mayo de 2011 Ratko Mladic, el conocido general serbio, acusado de haber cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, durante la denominada Guerra de los Balcanes (1992-1995), incluido el genocidio de 7.500 bosnios musulmanes en Srebrenica en 1995, fue arrestado luego de pasar más de 16 años en fuga. Fue enviado a La Haya para comparecer ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y ser juzgado por los crímenes de los que se le acusaban⁸⁸. El proceso penal contra Mladic en La Haya retomó en julio 2012 con el inicio de los testimonios de los testigos acerca de la limpieza étnica en Bosnia-Herzegovina⁸⁹.

El caso de Laurent Gbagbo, ex Presidente de Costa de Marfil, también resulta relevante. El Estado de Costa de Marfil no es un Estado parte en el Estatuto de Roma, pero el 18 de abril de 2003, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Estatuto de Roma, declaró aceptar la competencia de la Corte Penal Internacional para conocer de hechos ocurridos a partir del 19 de septiembre de 2002, la cual fue reiterada y confirmada en diciembre de 2010 y mayo del 2011⁹⁰. En efecto, el artículo 12 (condiciones previas para el ejercicio de la competencia) número 3 del Estatuto, señala: “3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”. En este estado de cosas, la Corte ha autorizado al Fiscal para investigar hechos de competencia del tribunal ocurridos entre el 19 de septiembre de 2002 y el 28 noviembre de 2010. En este contexto

⁸⁷ The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: The Prosecutor of the Tribunal against Radovan Karadzic and Ratko Mladic. Case Nº IT-95-5-I. 24 July 1995, “Bosnia and Herzegovina” Indictment, ¶ 22; The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: The Prosecutor of the Tribunal against Radovan Karadzic and Ratko Mladic. Case Nº IT-95-18-I. 14 November 1995, «Srebrenica» Indictment.

⁸⁸ Thorpe, Nick: “Ratko Mladic arrest: Neighbour reveals story», en BBC News, 30 July 2011. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-14323390> [Visitado el 10/7/2012]

⁸⁹ «Mladic trial: Haunting testimony bridges two-decade gap», en BBC News, 9 July 2012. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-18777034> [Visitado el 10/7/2012]

⁹⁰ République de Côte d’Ivoire: Déclaration de reconnaissance de la Compétence de la Cour Pénale Internationale. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FF9939C2-8E97-4463-934C-BC8F351BA013/279779/ICDE1.pdf> [Visitado el 11/7/2012]

se dictó una orden de detención en contra de Laurent Gbagbo quien fue el Presidente del Estado de Costa de Marfil entre el año 2000 y 2011. Gbagbo fue arrestado en abril de 2011 después de rechazar admitir su derrota frente a Alassane Ouattara en las elecciones presidenciales de 2010 y fue acusado de crímenes contra la humanidad –entre los que se cuentan asesinatos, violaciones y otras violencias sexuales, actos de persecución y otros actos inhumanos– cometidos durante el conflicto que siguió al escrutinio presidencial y que causó la muerte de más de tres mil personas⁹¹. El 30 de noviembre de 2011 fue trasladado a La Haya y entregado a la Corte Penal Internacional para ser juzgado por crímenes contra la humanidad. Laurent Gbagbo es el primer ex Jefe de Estado puesto a disposición de la Corte Penal Internacional para ser juzgado⁹².

Otra situación que también constituye un hito en la historia de la justicia internacional penal es la que concierne a Charles Taylor. El 30 de mayo de 2012, el Tribunal Especial para Sierra Leona, emitió su sentencia en el caso de Charles Taylor, ex Presidente de Liberia (1997-2003), por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Charles Taylor fue acusado en marzo de 2003 por el Tribunal Especial, encontrándose ocupando el cargo oficial de Presidente del Estado de Liberia (límitrofe con Sierra Leona)⁹³. Posteriormente,

⁹¹ «8. Au vu des éléments de preuve, la Chambre estime qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des crimes contre l'humanité ayant pris la forme de meurtres (article 7-1-a du Statut), de viols et d'autres formes de violences sexuelles (article 7-1-g), d'autres actes inhumains (article 7-1-k) et d'actes de persécution (article 7-1-h) ont été commis en Côte d'Ivoire entre le 16 décembre 2010 et le 12 avril 2011. [...] 10. La Chambre estime qu'il y a des motifs raisonnables de croire que, par les crimes qui lui sont reprochés dans la demande de délivrance de mandat d'arrêt, Laurent Gbagbo a engagé sa responsabilité pénale individuelle en tant que « coauteur indirect » desdits crimes au sens de l'article 25-3-a du Statut. En particulier, il y a des motifs raisonnables de croire que Laurent Gbagbo et son entourage immédiat (les coauteurs des crimes) avaient convenu d'un plan et qu'ils étaient conscients que la mise en oeuvre de celui-ci aboutirait, dans le cours normal des événements, à la commission des crimes susmentionnés. De plus, en mettant ce plan en oeuvre, les coauteurs ont exercé un contrôle conjoint sur les crimes. Compte tenu de la position et du rôle de chacun d'eux au regard du plan, les coauteurs ont apporté une contribution coordonnée et essentielle à la réalisation dudit plan. Il y a une base suffisante pour conclure que les forces pro-Gbagbo qui ont exécuté la politique en question l'ont fait en obéissant de façon quasi automatique aux ordres qu'elles avaient reçus. Enfin, il a été suffisamment prouvé que Laurent Gbagbo a agi avec le degré d'intention et de connaissance requis». Vid. Le Procureur c. Laurent Gbagbo. Situation en République de Côte d'Ivoire. Chambre Préliminaire III. N° ICC-02/11-01/11, 23 novembre 2011. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1276752.pdf> [Visitado el 11/7/2012]; Maupas, Stéphanie: «Inculpé, Laurent Gbagbo comparaitra lundi devant la CPI», en *Le Monde*, 29.11.2011. Disponible en: http://www.lemonde.fr/afrique/article/2011/11/29/laurent-gbagbo-inculpe-par-la-cour-penale-internationale_1610832_3212.html# [Visitado el 11/7/2011]

⁹² «La défense de Laurent Gbagbo conteste la compétence de la CPI», en *Le Monde*, 25.05.2012. Disponible en: http://www.lemonde.fr/afrique/article/2012/05/25/la-defense-de-laurent-gbagbo-conteste-la-competence-de-la-cpi_1707577_3212.html [Visitado el 11/7/2012]

⁹³ The Special Court for Sierra Leone: The Prosecutor against Charles Ghankay Taylor. Case N° SCSL-03-01-I. 7 march 2003.

gracias a la presión de la comunidad internacional, el 11 de agosto de 2003, Taylor renunció a su cargo, y solicitó asilo en Nigeria. No obstante, estando en Nigeria, se pidió su entrega al Tribunal Especial para Sierra Leona para ser juzgado por los gravísimos crímenes por los que se le acusaba. En 2006, mientras trataba de huir a Camerún, Taylor fue detenido y extraditado a Sierra Leona. Debido a la inestable situación de Sierra Leona, Taylor fue trasladado a La Haya (Países Bajos) para ser juzgado en dicha ciudad. El Tribunal Especial señaló que los crímenes de Sierra Leona se inscriben “entre los más odiosos de la historia de la humanidad”⁹⁴. A cambio de diamantes recolectados en las zonas del norte de Sierra Leona por civiles reducidos a la esclavitud, Charles Taylor armó, financió y entrenó al Frente Revolucionario Unido⁹⁵. Taylor fue condenado a 50 años de prisión. Esta sentencia fue la primera pronunciada contra un jefe de Estado por crímenes cometidos en el ejercicio de sus funciones.

No me puedo retener de transcribir un párrafo del juzgamiento de Taylor, el que se refiere a los elementos a tomar en consideración al momento de sentenciarlo:

“In determining an appropriate sentence for the Accused, the Trial Chamber has taken into account the tremendous suffering caused by the commission of the crimes for which the Accused is convicted of planning and aiding and abetting, and the impact of these crimes on the victims, physically, emotionally and psychologically. The Trial Chamber recalls the tremendous loss of life –innocent civilians burned to death in their homes, or brutally killed by maiming and torture. The amputation of limbs was a hallmark of terror and cruelty visited upon innocent civilians. For those who survived this crimes, the long-term impact on their lives is devastating – amputees without arms who have been publicly stigmatized and will never recover from the trauma of rape and sexual slavery to which they were subjected, in some cases resulting in pregnancy and additional stigma from the children born thereof; child soldiers, boys and girls who are suffering from public stigma, highlighted by the identifying marks carved on their bodies, and enduring the after-effects of years of brutality, often irreparable alienation from their family and community, all as a consequence of the crimes for which Mr. Taylor stands convicted of aiding

⁹⁴ Maupas, Stéphanie: «La condamnation de Charles Taylor ouvre “une nouvelle ère de responsabilité”», en *Le Monde*, 30.05.2012. Disponible en: http://www.lemonde.fr/afrique/article/2012/05/30/la-condamnation-de-charles-taylor-ouvre-une-nouvelle-ere-de-responsabilite_1709838_3212.html [Visitado el 17/7/2012]

⁹⁵ Maupas, Stéphanie: «La condamnation de Charles Taylor ouvre “une nouvelle ère de responsabilité”», en *Le Monde*, 30.05.2012. Disponible en: http://www.lemonde.fr/afrique/article/2012/05/30/la-condamnation-de-charles-taylor-ouvre-une-nouvelle-ere-de-responsabilite_1709838_3212.html [Visitado el 17/7/2012]

and abetting and planning. The Defence aptly described «the pain of lost limbs, the agony of not only rape in its commonly understood sense, but also the rape of childhood, the rape of innocence, possibly the rape of hope». The Trial Chamber witnessed many survivors weeping as they testified, a decade after the end of the conflict. Their suffering will be life-long”⁹⁶.

Una situación similar de encausamiento de un jefe de Estado en ejercicio se podría experimentar en la actualidad con la terrible masacre que está ocurriendo en Siria, si es que la comunidad internacional puede llegar a consensos para evitar mayores costos en vidas de los civiles.

Desde otro ángulo, es cierto que tratándose de la inmunidad de Estados como consecuencia de actos que podrían calificarse como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, la excepción procesal de la inmunidad de jurisdicción aún se mantiene estable como una regla de derecho internacional, pero es cada vez más discutida y su validez puesta en tela de juicio. Un aspecto de estos desafíos a la regla de la inmunidad se planteó en el caso de Congo contra Bélgica⁹⁷. Sin embargo, la más reciente manifestación de un test a la regla de la inmunidad del Estado es el caso de Alemania contra Italia.

En este caso, Alemania demandó a Italia ante la Corte Internacional de Justicia en el año 2008 acusándola de haber incurrido en responsabilidad internacional por haber permitido y acogido la presentación de demandas civiles de reparación contra ese país ante tribunales nacionales italianos, sobre la base de violaciones al derecho humanitario por parte del III Reich durante la Segunda Guerra Mundial. En efecto, los jueces italianos habrían violado la soberanía alemana al permitir que uno de sus ciudadanos, Luigi Ferrini, pidiera una indemnización por los trabajos forzados a los que fue sometido por los nazis. Además, como un efecto dominó, un grupo de familiares de víctimas griegas de una masacre nazi, perpetrada en 1944 en la ciudad de Distomo, acudieron asimismo a los tribunales italianos pidiendo una reparación. En dicho enclave griego perecieron 214 civiles en el peor crimen de la ocupación nazi. Para indemnizar a las víctimas propias y también a las griegas, los jueces italianos habían confiscado la Villa Vigoni, un inmueble propiedad del Estado alemán,

⁹⁶ Special Court for Sierra Leona: Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor. Sentencing Judgement. Trial Chamber II. Case N° SCSL-03-01-T, 30 May 2012, para. 71.

⁹⁷ Zan, Myint. “Democratic Republic of Congo v Belgium: Arrest Warrant of 11 April 2000; Crimes against Humanity: ‘Immunity’ versus ‘Impunity’”, in *Journal of South Pacific Law*, Vol. 7, Issue 1 (2003). Disponible en: <http://www.paclii.org/journals/fjSPL/vol07no1/4.shtml> [Visitado 23/7/2012]

situado en el lago de Como, Italia. Se sostuvo que esta situación infringía la inmunidad de jurisdicción de la que goza la República Federal de Alemania en virtud del derecho internacional. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012 declara la responsabilidad internacional del Estado Italiano, deja sin efecto la confiscación de Villa Vigoni y le ordena a Italia adoptar todas las medidas conducentes a respetar la inmunidad de jurisdicción de Alemania. Este caso demuestra cuán cerca se encuentra la toma de consideración de elementos de política internacional con razonamientos de carácter jurídico, y sobre todo, argumentos que enfrentan al ser humano –al centro del debate–, y la razón de Estado⁹⁸.

Reflexiones finales

El desarrollo del derecho internacional se puede percibir en el auge que han adquirido en los albores del siglo XXI disciplinas del derecho internacional tales como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados, el derecho internacional penal, el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional del desarrollo. Todas estas disciplinas se caracterizan porque tienen como destinatario de la creación jurídica la consideración del ser humano y su protección. Asimismo, la finalidad esencial de las normas elaboradas en estas disciplinas es permitir la mayor autorrealización material e integral posible del ser humano, individualmente y como miembro de la comunidad a la que pertenece. El sustrato elemental del Estado de derecho del siglo XXI corresponde a las condiciones y a las limitaciones que se le imponen al poder con el fin de lograr la mayor y mejor protección del individuo. En definitiva, en un claro proceso de humanización del derecho, todas estas disciplinas jurídicas tienen, al menos de una parte, al ser humano como sujeto de la regulación jurídica.

Desde nuestra perspectiva la vertiginosa evolución que se ha producido desde la Segunda Guerra Mundial en el derecho internacional ha significado un profundo cambio de paradigma, renovando los antiguos parámetros del derecho clásico, sobre todo, desde la perspectiva de las fuentes y de los sujetos del derecho internacional. Esta evolución constituye una reformulación de los principios que se encuentran en la base del derecho internacional clásico, tales como la soberanía de los Estados, la no intervención en los asuntos internos

⁹⁸ International Court of Justice. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment, 3 February 2012; Keitner, Chimène I.: “Germany v. Italy: The International Court of Justice Affirms Principles of State Immunity”, in *ASIL Insights*, February 14, Volume 16, Issue 5 (2012).

de los Estados o la inmunidad soberana. Al mismo tiempo, la evolución del derecho internacional habría acusado los efectos del proceso de globalización mundial, el debilitamiento de la actuación de los Estados y la potenciación de los actores no estatales, apuntando, en consecuencia, hacia una elaboración de un derecho internacional más asegurador del individuo y de los pueblos, muchas veces convertidos en víctimas. El derecho internacional contemporáneo estaría explicitando las bases de un verdadero orden internacional constitucional. Este orden implica la existencia de un espacio público gobernado por principios de orden público internacional, lo que significa la sujeción de todos al derecho, esto es, la base de un Estado de Derecho internacional. En este contexto, los derechos humanos y el derecho humanitario, y, particularmente, las normas de *ius cogens* constituyen una manifestación esencial de este orden público internacional. ¿Cuáles son las exigencias que derivarían de este orden público internacional y, en concreto, del Estado de Derecho internacional para los Estados miembros de la comunidad internacional? En el curso de este trabajo hemos descubierto algunas pistas acerca de estas exigencias, tales como la necesidad de la adecuación del orden jurídico interno al derecho internacional o, más precisamente, la explicitación en el derecho estatal de la puesta fuera de la ley de ilícitos internacionales tales como tortura o crímenes contra la humanidad.

Las dudas que se plantean acusando esta evolución “revolucionaria” del derecho internacional de estar en la base de una crisis del derecho y de la juridicidad internacional, parecen así no atender al progreso que la humanidad ha experimentado desde la Segunda Guerra Mundial, en parte, gracias a normas internacionales que se ocupan y preocupan del destino del individuo y de los pueblos. Habría suficiente evidencia de que el concepto de soberanía del Estado no ha desaparecido, pero sí ha evolucionado con el consentimiento y por la actuación de los mismos Estados.

La ‘legalidad democrática’ no puede tener la misma comprensión en el derecho internacional que en el derecho estatal. La noción estricto sensu de legalidad no resulta adecuada en el derecho internacional, en el cual debe preferirse el concepto de juridicidad. La actuación de la noción democrática tampoco puede jugar ni ser analizada en el derecho internacional bajo el mismo prisma que en el orden interno de los Estados. Con todo, nuestra visión es que cada vez que se emite una orden de detención, se acusa o se condena a partícipes de ilícitos penales internacionales, tales como se actualiza la juridicidad democrática del derecho internacional y se fortalece el Estado de Derecho internacional.

Estimamos que el desarrollo experimentado por el derecho internacional contemporáneo –tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho internacional penal– no afecta la juridicidad del orden internacional. En cambio, este desarrollo sí ha hecho evolucionar el derecho internacional ampliando sus categorías y clasificaciones, por ejemplo, en el ámbito de las fuentes, como de los sujetos de derecho internacional. Igualmente, la soberanía de los Estados se ve transformada e incluso más, por estos cambios en el orden jurídico internacional, la soberanía estatal se ve, de cierta manera, reforzada, porque es en el nivel estatal que el derecho internacional descansa y, en el caso específico del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional penal, es allí donde espera su efectivo cumplimiento.

Por último, más que hablar de legalidad, preferiríamos pensar en ‘juridicidad democrática’. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional penal ha contado con la anuencia y el consentimiento de los Estados. De este modo, el derecho internacional se ha hecho a través de las formas clásicas de confección formal de la norma jurídica internacional. Pero adicionalmente e igualmente importante, el desarrollo del derecho internacional ha contado con la participación activa y el estímulo de los otros sujetos del derecho internacional, especialmente de los destinatarios de la norma, adquiriendo, ahora sí, de este modo, un carácter verdaderamente democrático. Todo este progreso resulta en un lento proceso modelador de estándares básicos de un Estado de Derecho internacional.

