

ACCESO A LA JUSTICIA INTERNACIONAL

I. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS	2 -
1. LOS SISTEMAS NORMATIVOS DE DERECHOS INDIVIDUALES.	2 -
2. HACIA UNA NUEVA VISIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN NACIONAL Y LA INTERNACIONAL DE DERECHOS INDIVIDUALES: LA INTERACCIÓN ENTRE LOS SISTEMAS.....	3 -
3. PROPÓSITOS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL	4 -
II. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL	4 -
III. NORMAS COMUNES.....	5 -
1. LAS OBLIGACIONES GENERALES.....	5 -
2. EL CATALOGO DE DERECHOS Y LIBERTADES CONSAGRADOS INTERNACIONALMENTE	6 -
3. LOS LÍMITES.....	7 -
3.1. Restricciones	7 -
3.2. La suspensión temporal de obligaciones	8 -
5. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR A LA VÍCTIMA.....	10 -
IV. FUNDAMENTOS DE LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	11 -
V. MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS.....	12 -
1. EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS	12 -
2. EL SISTEMA INTERAMERICANO	14 -
VI. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL.....	16 -
1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y SU EVOLUCION HISTÓRICA.....	16 -
2. CORTE PENAL INTERNACIONAL	18 -
3. CRÍMENES INTERNACIONALES.....	18 -
 ANEXO.....	 21 -
 1. CASO VIOLACIONES MASIVAS Y SISTEMÁTICAS: COMISIÓN INTERAMERICANA, INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN HAITÍ, OEA/SER.L/V.88, DOC. 10 REV., FEBRERO 9, 1995 (EXTRACTO).....	 21 -
2. CASO VIOLACIONES INDIVIDUALES: CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, <i>CASO CASE OF MÜLLER AND OTHERS V. SWITZERLAN</i> , N° 10737/84, SENTENCIA 24/05/1988, (RESUMEN)	22 -
3. CASO VIOLACIONES INDIVIDUALES: CORTE I.D.H., <i>CASO VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ</i> . SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1988. SERIE C No. 4, (RESUMEN)	23 -
4. CASO VIOLACIONES ESTRUCTURALES: COMISIÓN INTERAMERICANA, SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN CIUDAD JUÁREZ, MÉXICO: EL DERECHO A NO SER OBJETO DE VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN, OEA/SER.L/V/II.117, DOC. 1 REV. 1, INFORME DE 7 MARZO 2003 (EXTRACTO)	24 -
5. CASO RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL_FOCA	25 -
6. CASO RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL_XX	26 -

Claudio E. Nash Rojas*
Asunción, Paraguay
2007

* Coordinador e investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

El presente material ha sido preparado para los alumnos y alumnas del Diplomado Internacional “Los Nuevos Desafíos del Estado de Derecho”. Esta es una guía básica de los temas que serán tratados en las sesiones de los días 05 y 06 de julio de 2007, en Asunción, Paraguay.

I. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

1. Los sistemas normativos de derechos individuales.

Para comenzar, me interesa fijar el panorama general de la protección de los derechos individuales. Para ello reseñaré cómo la cuestión de los derechos humanos constituye uno de los ejes centrales en los sistemas normativos constitucional e internacional.

Sistema normativo constitucional de derechos individuales. Desde sus inicios, tanto el debate doctrinal, como la práctica codificadora relativa a los derechos individuales, se ha visto enfrentado a dos preguntas: a) ¿cómo proteger los derechos de los individuos a través de la estructura constitucional? y, b) ¿cuáles son los mecanismos idóneos para garantizar dichos derechos? Estas son las cuestiones que cualquier acercamiento a la idea de derechos individuales y constitución debe hacer frente y por tanto, han marcado el debate desde los orígenes del proceso de constitucionalización¹.

Desde una mirada teórica, podemos sostener que para la dogmática constitucional la idea de los derechos fundamentales es uno de los ejes que determina las bases de la convivencia y de la legitimidad de la institucionalidad democrática². Tanto así que se ha vinculado la idea misma del Estado Constitucional con ese fin garantista de los derechos individuales³. En este sentido, el

destacado constitucionalista argentino BIDART CAMPOS nos señala “ese fin [el de la constitución] no es uno cualquiera, sino uno muy preciso y concreto: *asegurar y proteger la libertad y los derechos del hombre*”⁴.

Desde la praxis, el proceso de codificación del derecho público desarrollado a partir del s. XVIII determinó la forma en que serían incorporados los derechos fundamentales en las constituciones nacionales durante los siglos XIX y XX⁵. El principio que inspiró la codificación fue la consagración de los derechos individuales como objetivo central del diseño institucional sistematizado en el texto constitucional⁶. Este proceso tuvo un gran impacto en América Latina en el marco del desarrollo institucional de las nuevas repúblicas. El constitucionalismo se manifestó en Latinoamérica a través de textos que consagraban largos y completos catálogos de derechos, pero en una gran mayoría de los casos eran meras declaraciones formales, alejadas de la realidad y sin mecanismos concretos que le permitieran influir en la toma de decisiones de la estructura estatal⁷. En materia de control de constitucionalidad, Latinoamérica se ha movido entre modelos de mayor y menor activismo por parte del poder judicial en el control de las decisiones parlamentarias que dicen relación con los derechos constitucionalizados.

En resumen, podemos sostener que tanto un acercamiento teórico como uno histórico, permite concluir que la consagración de los derechos individuales y el desarrollo de mecanismos de

ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente”, Loewenstein, (1982), p. 150.

4 Bidart, (1974), p. 93.

5 Ruiz Miguel, (2002).

6 “La última lucha por la limitación del poder político es la que se combatió en el terreno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, comenzando por los derechos personales ... hasta los diversos derechos de libertad, religión, opinión política, prensa, reunión y asociación, que constituyen la materia de los bill of rights de los estados americanos y de las Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano emanadas durante la revolución francesa”, Bobbio, (1985), p. 138.

7 Para un completo análisis de este proceso, ver E. Garzón, (1993), pp. 201-234 (225-234).

1 Sobre el proceso de constitucionalización y los derechos humanos, ver Nash, (2005).

2 Para un análisis completo de la evolución histórica de los derechos en el constitucionalismo, ver Fioravanti, (2003). Para una visión crítica a este planteamiento y que sostiene una visión procedimental de la democracia y por tanto de la propia Constitución, ver Hart Ely, (1997), pp 19-96.

3 “La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o

protección adecuados han estado en el centro de las preocupaciones del constitucionalismo comparado desde sus orígenes.

Sistema normativo internacional de derechos individuales. En ciertos momentos históricos, en particular mediados del siglo XX, los sistemas de protección constitucional fueron incapaces de dar una efectiva protección de los derechos individuales consagrados en el ámbito nacional, lo que obligó a desarrollar sistemas por sobre los Estados para garantizar su efectiva vigencia. Este nuevo sistema normativo se vio enfrentado a similares cuestiones que el sistema nacional: cómo garantizar los derechos a través de un sistema de catálogos, ahora internacionales y cómo controlar el cumplimiento de dichas obligaciones a través de mecanismos que estuvieran por sobre los Estados.

Desde la teoría, el sistema internacional de protección de los derechos individuales se construye sobre la base de obligaciones que son exigibles a los Estados, sea por vía voluntaria o involuntaria, para respetar y garantizar ciertos derechos y libertades mínimas del ser humanos en su condición de tal⁸. A través del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) la comunidad internacional consagra ciertos derechos subjetivos que los individuos pueden exigir al Estado; éstos son constitutivos de obligaciones internacionales que quedan fuera del ámbito de disposición soberana del Estado.

En la praxis, la sola consagración de derechos en el ámbito internacional no ha sido suficiente, sino que ha sido necesario establecer mecanismos para su control y protección. Los mecanismos internacionales de control están constituidos por órganos y procedimientos supraestatales. Los Estados concurren, en ejercicio de su soberanía, en la creación de estos mecanismos y quedan vinculados a su competencia.

En definitiva, el sistema internacional ha desarrollado en la práctica un *corpus iure garantista* que comprende obligaciones generales, catálogos de derechos y mecanismos de control de la actividad de los Estados en materia de Derechos Humanos. Además, a partir de la actividad de los órganos de control se ha desarrollado una

jurisprudencia que ha interpretado los derechos, ha clarificado su contenido y explicado su alcance.

2. Hacia una nueva visión de la relación entre la protección nacional y la internacional de derechos individuales: la interacción entre los sistemas

Como queda en evidencia en el panorama expuesto, una de las cuestiones centrales del derecho constitucional así como del derecho internacional, es aquella relativa a los derechos individuales.

En el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, a partir tanto de la praxis jurisprudencial comparada, como del debate académico, se ha desarrollado una concepción de los derechos fundamentales que ha ampliado la visión de los mismos desarrollada por el Estado Liberal de Derecho; esta concepción ha sido llamado “modelo constitucional democrático” para diferenciarlo del constitucionalismo liberal⁹. Los derechos fundamentales son parte esencial de este modelo y los aspectos centrales del constitucionalismo democrático en materia de derechos fundamentales buscan explicar: **a)** cuáles son los derechos garantizados constitucionalmente y qué características se les asignan en virtud de dicha condición; **b)** la estructura de estos derechos, **c)** su función y los mecanismos que permitan garantizar su real vigencia en el ámbito interno. Esta concepción ha sido desarrollada a partir del trabajo dogmático de autores que han trabajado en sus respectivos ámbitos constitucionales, entre ellos podemos destacar a Peces-Barba, Prieto Sanchís y Pérez Luño en España, Alexy y Hesse en Alemania, Favoreu en Francia y Bobbio y Ferrajoli en Italia.

Paralelamente, en el derecho internacional se ha desarrollado un acervo normativo y jurisprudencial relevante sobre derechos humanos que ha comenzado a impactar en los sistemas nacionales y que ha aportado nuevos elementos para el análisis de los temas centrales de los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático. A este desarrollo han contribuido autores como Cassese, Nowak, Meron, van Boven, Cançado, Buergethal y en particular, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos

⁸ Pérez Luño, (1984), p. 49; L. Prieto, (1990), p. 61; Peces-Barba, (1999), p. 57.

⁹ Para un estudio de los modelos constitucionales que se han desarrollado en Europa a partir de la segunda mitad del siglo XX, ver M. Carbonell, (2003).

Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ambos procesos de creación dogmática y jurisprudencial han tenido impacto en el constitucionalismo latinoamericano. Parte de nuestro constitucionalismo ha recogido el debate europeo y los avances doctrinarios y jurisprudenciales internacionales. Debemos tener en consideración que en el constitucionalismo latinoamericano desde los '60 y, en particular, a partir de 1990, se ha producido un importante desarrollo de la justicia constitucional. En efecto, el desarrollo de un proceso de gestación de nuevos textos constitucionales (Colombia, Venezuela) o de reforma de los mismo (Argentina, Chile) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica) han permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional¹⁰.

Este proceso configura un nuevo panorama para la concepción de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional latinoamericana, que parece no amoldarse a los estándares tradicionales desarrollados por el estado liberal de Derecho y por el estado constitucional de Derecho¹¹, sino que se acerca a una nueva "concepción democrática constitucional ampliada" que incorpora elementos tanto del constitucionalismo nacional como del derecho internacional de los derechos humanos¹².

3. Propósitos de la protección internacional

El principio básico que ha inspirado el sistema de codificación del (DIDH) desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos, es la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino que internacional.

Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos han seguido dos vías: la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual. El primero de estos caminos ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos y el segundo, el derecho penal internacional.

Estos dos sistemas normativos de derechos humanos tienen ciertos elementos comunes en cuanto a sus propósitos. El principal punto en común es que los dos sistemas tienen como objetivo final dar **efectividad** a la protección de los derechos humanos. En efecto, cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control se han estructurado dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema. Por su parte, el sistema de responsabilidad individual se ha configurado -en buena parte- como una forma de responder frente a ilícitos respecto de ciertos derechos humanos protegidos por el sistema internacional a través de la persecución de responsabilidades individuales.

En segundo lugar, el establecimiento de un sistema internacional de derechos humanos busca la **prevención** de violaciones de derechos humanos. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos. Esta lógica preventiva es esencial tanto en el DIDH como en el Derecho Penal Internacional.

II. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo **normativo**, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo), las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, los derechos y libertades garantizados,

10 Fix-Zamudio, (2003), pp. 201-232.

11 Ferrajoli, (2001), p. 22.

12 Para un estudio sobre los alcances del debate estado liberal/estado constitucional en el sistema europeo, ver Ferrajoli, (2003), pp. 13-30. Sobre el contenido del Estado Constitucional de Derecho, ver Ferrajoli, (2001), p. 22.

ciertos parámetros sobre interpretación y criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos. Los instrumentos crean **órganos** para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los **procedimientos**, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales, destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales. Los órganos y procedimientos constituyen la base de los **mecanismos** de protección internacional.

A partir de esta trilogía – normas/órganos/procedimientos- es posible analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos, lo que podemos considerar como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

III. NORMAS COMUNES

El análisis de las normas comunes de derechos humanos consagradas en el ámbito internacional lo realizaré siguiendo el siguiente esquema:

- ✓ Obligaciones generales
- ✓ Catálogo de derechos
- ✓ Límites legítimos
- ✓ Responsabilidad internacional del Estado
- ✓ Obligación de reparar

1. LAS OBLIGACIONES GENERALES

Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe. Este deber de cumplimiento en el ámbito de los derechos humanos debe considerar las características particulares de las obligaciones internacionales en esta materia. En efecto, en derechos humanos el objeto de los instrumentos no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de

cumplimiento adquiera particularidades en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo¹³.

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se materializa a través de tres obligaciones principales: respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre¹⁴; y la obligación de no discriminar.

La obligación de **respeto** consiste en cumplir directamente con la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar el mandato normativo de cada derechos podemos distinguir: acciones de cumplimiento, las que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

La obligación de **garantía**, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas de goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Al respecto, la Corte ha señalado:

“Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁵.

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos

¹³ Ver Nash, 2004.

¹⁴ En este sentido no estamos pensando en una división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino que determinando las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166.

distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía:

- la obligación del Estado de **asegurar** el pleno goce y ejercicio de los derechos;
- el deber de **proteger** a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos;
- adoptar medidas de **prevención general** frente a casos de violaciones graves de derechos;
- **reparar** a las víctimas; y
- **cooperar** con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

Finalmente, el DIDH ha establecido como una obligación general el deber del Estado de **no discriminar** a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*¹⁶.

El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha definido la discriminación en los siguientes términos:

“toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia** que se **basen** en determinados **motivos**, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por **objeto** o por **resultado** anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (CDH, Comentario General N° 18, “No Discriminación”, de 10 de noviembre de 1989, párr. 7, destacado mío).

Más, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y

razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo.

El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos:

“...el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son **razonables** y **objetivos** y lo que se persigue es lograr un **propósito** legítimo en virtud del Pacto” (CDH, Comentario General N° 18, “No Discriminación”, de 10 de noviembre de 1989, párr. 13, destacado mío).

Estas obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente.

2. EL CATALOGO DE DERECHOS Y LIBERTADES CONSAGRADOS INTERNACIONALMENTE

Un tema que debemos considerar en estas nociones comunes es la forma en que se expresan las normas (principios o reglas) en el derecho internacional de los derechos humanos. En los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH se produce una interesante confluencia de al menos tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Si mirados los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad (tanto positiva como negativa), derechos de igualdad (ante la ley, ante otros, material), derechos de participación (derechos políticos en sentido estricto).

Otro tema relevante a tener en consideración es el papel que juega la dignidad de la persona humana en el sistema normativo internacional. La dignidad es el valor hacia el cual debe propender todo el sistema normativo de derechos humanos. Esto tiene consecuencias normativas ya que este valor central funda el contenido de los derechos humanos y por tanto, los principios de libertad, igualdad y participación deberán propender a la realización de este valor.

En cuanto a su naturaleza, la dignidad personal me parece que es un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto

¹⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación. La dignidad es un valor y como tal, se ubica dentro de lo axiológico.

3. LOS LÍMITES

Es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación justificada. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente. Son dos los límites legítimos consagrados por el derecho internacional: las restricciones y la suspensión de derechos.

3.1. Restricciones

Nos podemos encontrar con tres situaciones en el ámbito de los derechos humanos. Aquellos derechos que no admiten restricción (tortura, esclavitud, libertad de conciencia), aquellos derechos que admiten restricciones particulares (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas) y otros que admitan restricciones generales. Me centraré en estos últimos.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho Internacional. Este exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado. Los requisitos de una restricción legítima son: (a) respeto del **principio de legalidad**; (b) **objetivo legítimo**; (c) respeto del **principio de proporcionalidad**.

(a) El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida restricción del ejercicio de un derecho humano, deben estar **establecidas por ley**¹⁷. Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión

“ley” implica exigencias de forma¹⁸ y materiales. El artículo 30 de la CADH establece expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas “por razones de interés general”, lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones.

(b) El segundo límite es que la **causa** que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros¹⁹.

En este punto surgen algunos derechos con posibilidades de restricción particular. Por ejemplo la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su “función social”.

(c) El tercer requisito es que las medidas de restricción respeten el principio de **proporcionalidad**. De acuerdo a la interpretación que han hecho los órganos de control internacional la medida de restricción deberá cumplir con los siguientes elementos: necesaria, adecuada y proporcional. Por ‘necesaria’ se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. La medida será “adecuada” cuando sea conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; y la “proporcionalidad propiamente tal” dice relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que, si la hay una alternativa menos gravosa, debe emplearse esa alternativa²⁰.

En los sistemas regionales europeo e interamericano se ha entendido que las restricciones deben ser compatibles y justificables

17 A modo de ejemplo, ver arts. 6, 9, 12, 19 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y arts. 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

18 Ver, en el sistema interamericano, Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, del 09 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párrs. 26-32.

19 CADH, arts. 15 y 16.

20 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Serie A No.5.

en “una sociedad democrática”. Esto puede ser interpretado como un estándar más restrictivo para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente, sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros.

3.2. La suspensión temporal de obligaciones

En su artículo 4, el Pacto y en el 27 la CADH permiten a los Estados Partes suspender temporalmente algunas obligaciones contraídas en virtud de dichos tratados²¹. El marco normativo internacional establece:

- las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado;
- los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten;
- la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias;
- y la prohibición de suspender obligaciones cuando esta suspensión es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos.

El artículo 4 del Pacto establece que la suspensión de obligaciones se **autoriza** “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”; el artículo 27 de la Convención Americana la autoriza en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. Los conceptos del artículo 27 son peligrosamente vagos, particularmente en vista de las interpretaciones diversas, y a veces extremas, sobre la seguridad nacional que han prevalecido en algunas épocas en ciertos Estados del continente americano. Esto hace que la supervisión de los órganos regionales sea imprescindible en cada caso en que se invocan las facultades para suspender la observancia de los derechos humanos²².

21 Para una interpretación detallada del art. 4, ver CDH, *Observación General* 29, de 31 de agosto de 2001.

22 Ver Norris y Reiton, (1980), pp. 189-223; H. Faúndez-Ledesma, (1984), pp. 101-126.

En cuanto a los derechos cuyas **obligaciones no pueden suspenderse**, el artículo 4 del Pacto señala: los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes); 8.1 y 8.2. (prohibición de la esclavitud, trata de esclavos y servidumbre); 11 (prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales); 15 (principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* y principio de la aplicación de la pena más favorable al reo); 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); y 18 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). El artículo 27 de la CADH, por su parte, prohíbe suspender obligaciones con respecto a los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); y 23 (derechos políticos), agregando que tampoco son susceptibles de suspensión “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

En cuanto a las **garantías judiciales** que no pueden ser objeto de suspensión, la Corte Interamericana ha señalado que:

“1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión [...] el hábeas corpus (art.7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogido por el artículo 8 de la Convención”²³.

Así, para su interpretación del artículo 27 la Corte acude a la idea central de que toda suspensión debe enmarcarse en un sistema democrático y respetar el principio de la legalidad.

23 Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 41.

El requisito de la **proporcionalidad** se expresa en el artículo 4 del Pacto al decir que las disposiciones que adopte el Estado en una situación de emergencia deberán estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, y en el artículo 27 de la Convención Americana al señalar que permite estas disposiciones "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación".

El artículo 4 del Pacto dispone que ninguna medida puede entrañar **discriminación** alguna "fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social", lo que repite el artículo 27 de la Convención.

Aspectos formales. El artículo 4 del Pacto exige que la declaración de emergencia sea proclamada oficialmente dentro del Estado. Este requisito se encuentra implícito en la exigencia del respeto al principio de legalidad que la Corte Interamericana ha enfatizado en las Opiniones Consultivas examinadas anteriormente. La notificación a los demás Estados Partes. La exigencia de la notificación es una señal de que la suspensión de obligaciones es de interés del conjunto de Estados Partes del Pacto y de la Convención. La notificación, que se hace a través del Secretario General de la ONU o de la OEA, respectivamente, permite a los órganos de supervisión examinar los fundamentos de la decisión y las medidas que a raíz de ella se tomen. El Comité ha agregado que ella también permite que "los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto"²⁴.

4. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

En el derecho internacional público clásico ha primado la idea de que la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado, a través de un tratado o del derecho consuetudinario.

Los elementos que componen el hecho ilícito internacional serían los siguientes:

- existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del

derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión;

- dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo*²⁵, la Corte Interamericana estableció que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño²⁶.

En el sistema interamericano, los Estados parte de la OEA tendrán como fuente de sus obligaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). En el sistema de la Convención Americana las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento. Además, los Estados serán responsables por las obligaciones que emanan de los tratados específicos en materia de derechos humanos de que sean parte. En el ámbito de Naciones Unidas, el sistema de responsabilidad internacional estará determinado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) para todos los Estados parte de la ONU y además, los tratados especiales de los que cada Estado sea parte.

El segundo elemento constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado es que la infracción a las obligaciones internacionales sea **imputable al Estado**. Respecto de qué conductas son las que pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado, se puede señalar que se aplican las normas generales del derecho internacional público, por tanto, la responsabilidad puede estar fundada en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de estatal

²⁵ Corte IDH, caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

²⁶ "Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado", *Ibidem*, párr. 72. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver Voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

²⁴ CDH, *Observación General* 29, de 31 de agosto de 2001, párr. 17.

que violen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:

- El Estado puede hacerse responsable por la **adopción de disposiciones legislativas** incompatibles con las obligaciones internacionales. También puede el legislativo comprometer la responsabilidad del Estado cuando **no adopta disposiciones legislativas necesarias** para compatibilizar su legislación con las obligaciones internacionales.
- El **poder ejecutivo**, a través de todos sus funcionarios, por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales, también puede hacer al Estado responsable internacionalmente.
- También el **Poder Judicial** puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad podrá estar basada en denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado.

Respecto de la responsabilidad por **actos de privados**, el sistema internacional ha establecido que el Estado puede llegar a ser responsable en estos casos atendida su falta de respuesta frente a estas acciones privadas que de haber sido provocadas por sus agentes constituirían violaciones de derechos.

La Corte Interamericana al respecto ha señalado:

“(…) un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”²⁷.

El fundamento de dicha responsabilidad lo explora la Corte en los siguientes términos:

“(…) Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos

humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”²⁸.

De esta forma, se observa que el Estado puede ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), o bien, dicha responsabilidad puede emanar de una omisión del Estado de actuar en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales.

5. La obligación de reparar a la víctima

La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos es un concepto que se ha instalado como uno de los principios del Derecho Internacional Público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos²⁹.

En cuanto a su incorporación en los tratados de derechos humanos, podemos destacar el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos u el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”³⁰.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha asumido una concepción amplia del concepto de reparaciones y se han dispuesto actuaciones del Estado que comprenden medidas restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición³¹. De hecho, se ha

28 *Ibidem*, párr. 173.

29 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria*, sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 25.

30 Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

31 El CDH ha señalado: “El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos

27 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 15, párr. 172.

determinado a nivel interno importantes medidas de cumplimiento de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, las que tienen un efecto reparador, tanto en la perspectiva de cesación del mal causado, como medidas de no-repetición.

IV. FUNDAMENTOS DE LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es evidente que la sola consagración de los derechos humanos en instrumentos internacionales no garantiza su real y efectiva vigencia. Para ello ha sido necesario desarrollar mecanismos de control internacional. Una cuestión que es necesario recordar al analizar los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos, es que estos se han estructurado en la práctica. Por ello, muchas veces, muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen precisamente a un sistema que no ha evolucionado coherentemente, sino siempre motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente³².

De esta forma, el elemento que define a los sistemas de protección es la pregunta acerca de **qué tipo de violación** de derechos humanos es a la que debe hacerse frente y cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz. Actualmente, es posible distinguir aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. También podríamos señalar la existencia de una tercera tipología, cual es, la de las violaciones estructurales de derechos.

Por una parte, puede que las violaciones de derechos humanos sean **masivas y sistemáticas**, es decir, que obedezcan a una política de gobierno que las comete o que permite que se cometan por terceros que no sean oficialmente agentes del Estado. Si las violaciones obedecen a una política del gobierno, el caso que se examine ante el

órgano internacional no versará sobre una discrepancia jurídica entre el gobierno y el peticionario respecto a la interpretación o alcance de un derecho (como en los casos individuales); sino que el centro estará en determinar la veracidad de los hechos denunciados. La intervención de los órganos políticos del sistema internacional será fundamental para lograr una modificación de las situaciones, mediante la presión ante las instancias nacionales con capacidad de modificar la conducta violatoria de derechos humanos.

Por otro lado, las **violaciones aisladas** tienen como premisa que los Estados en los que los tratados internacionales están vigentes, estén sometidos al imperio de la ley, esto es, son un Estado de Derecho. Si bien es posible que se presenten casos de violaciones de derechos, el Estado en conjunto no está comprometido con dichas violaciones y está dispuesto a realizar lo necesario para evitarlas. De esta forma, en principio, los casos de violaciones de derechos humanos debieran ser reparados en el propio Estado con el concurso de los poderes públicos y la opinión pública. Sólo en el evento que la violación no sea resuelta satisfactoriamente internamente, opera el sistema internacional, ya sea a través de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales. Ambos mecanismos operan sobre la base de la buena fe del Estado, que buscará solucionarlas en el ámbito interno o en el campo internacional (mediante soluciones amistosas), o bien, acogiendo la solución que establezca la instancia internacional.

El sistema internacional de derechos humanos ha operado tradicionalmente bajo dos tipos de violaciones (masivas y sistemáticas y las aisladas o individuales) y ha estructurado los mecanismos para hacer frente a estas violaciones. Hoy, en cambio, la realidad es más compleja y me parece que es posible sostener una nueva categoría de violación de derechos humanos: las violaciones estructurales.

Para caracterizar las **violaciones estructurales** debe tenerse en consideración que en estos casos es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares

humanos" (CDH, *Observación General* 31, de 26 de mayo de 2004, párr. 16).

32 M. Nowak, (2003).

culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.

V. MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS

Para hacer frente a las dos categorías tradicionales de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos órganos de control internacional. Podemos distinguir básicamente tres: políticos, cuasi-judiciales y judiciales. En el caso de las violaciones estructurales, se han utilizado estos mismos mecanismos, con los problemas que es posible imaginar del uso de procedimientos diseñados para un tipo diferente de violación.

- Los **mecanismos políticos** son aquellos que se han utilizado para casos de violaciones masivas y sistemáticas. Son producto de resoluciones dictadas por los órganos políticos, compuestos por miembros representantes de los gobiernos (Consejo Económico y Social, la ex-Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, actual Consejo de Derechos Humanos). Se dictan medidas de tipo político, en base a un diálogo con el gobierno; lo que pretenden es cambiar ciertas prácticas gubernamentales.
- Los **mecanismos cuasi-judiciales** se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH o el Comité), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.

- Los **mecanismos judiciales** son aquellos en los cuales la protección se desarrolla a través de órganos, establecidos en los tratados de derechos humanos, que cuentan con facultades jurisdiccionales, esto es, con la competencia para resolver conflictos de relevancia jurídica con fuerza obligatoria. Estos órganos, a nivel internacional, son tres: la Corte Europea de Derechos Humanos (“Corte Europea”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”) y la Corte Africana de Derechos Humanos. Podemos señalar que también la Corte Internacional de Justicia puede referirse a temas vinculados con derechos individuales.

Un desafío para el sistema internacional es ver cómo enfrentará con estos mecanismos ya consagrados nuevos desafíos en materia de derechos humanos, tales como las violaciones estructurales.

A continuación analizaré los principales aspectos de los mecanismos desarrollados en Naciones Unidas y en el sistema Interamericano de derechos humanos.

1. EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

En la Carta de la ONU se consagra el marco general sobre el cual se desarrolló el sistema de Naciones Unidas relativo a los Derechos Humanos. Aparte del preámbulo, que recoge las aspiraciones generales tenidas a la vista al momento de suscribir dicho tratado, los artículos relevantes en materia de derechos humanos son el 1.3, que al momento de tratar sobre los propósitos de la ONU señala como uno de estos “fomentar y alentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin discriminación de raza, sexo, idioma o religión” y los arts. 55 y 56, relativos a las obligaciones de los Estados.

En todo caso, la Carta no define qué se entiende por derechos humanos. Una primera aproximación al tema fue la idea de redactar un instrumento vinculante en materia de derechos humanos, esto es un tratado internacional. Mas, los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales fueron insuficientes para persuadir a los Estados a que adoptaran un tratado de derechos humanos jurídicamente vinculante. Sólo hubo consenso para adoptar una Declaración Universal de los

Derechos Humanos como un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse"³³. Debieron pasar varios años para lograr la adopción de tres tratados generales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; pasaron otros diez años para que ellos entraran en vigencia³⁴.

A nivel internacional se conoce como *Carta de Derechos Humanos* al conjunto de instrumentos generales que se han dictado en el marco de Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. Asimismo, se han suscrito una serie de instrumentos específicos en materia de derechos humanos, dentro de los cuales, podemos destacar las siguientes: Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969); Convención internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado una serie de **órganos** preocupados de la protección internacional de los derechos humanos. En el sistema de Naciones Unidas los órganos centrales de la organización tienen vinculación con materias de derechos humanos (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social –Ecosoc- Secretaría Ejecutiva), y además, se han diseñado estructuras especialmente dedicadas al tema³⁵. Dentro de estos órganos especiales destacó la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, que dependía del ECOSOC y que formulaba propuestas, recomendaciones y emite informes. Su labor la

podríamos caracterizar como eminentemente de tipo legislativo. Sus miembros eran representantes de los Estados y por tanto, era un órgano eminentemente político o de "control entre pares". Frente a las críticas que recibió su funcionamiento y además con el fin de resaltar la relevancia del tema de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, en 2005 se creó el Consejo de Derechos humanos, que reemplazó a la Comisión, con un rango superior al que detentaba la antigua Comisión³⁶.

El Consejo heredó los **procedimientos** desarrollados por la Comisión y es un tema pendiente ver cómo va a funcionar en la práctica este órgano. Hasta ahora en Naciones Unidas destacan, en primer lugar, aquellos procedimientos de tipo político, dentro de los cuales podemos señalar las Resoluciones 1235 y 1503 del Consejo Económico y Social³⁷. En el año 1967, el ECOSOC, a través de la Resolución 1235 y luego, en el año 1970, por medio de la Resolución 1503 se diseñaron dos procedimientos para el conocimiento de casos o situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (por ejemplo, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias). Estos son mecanismos esencialmente de carácter político, tienen como instrumento base la Declaración Universal de Derechos Humanos, no están sujetos a un procedimiento especial y tienen por objetivo final obtener algún cambio en materia de política interna del Estado. La principal diferencia entre los procedimientos es que el 1235 es un procedimiento público y el 1503 es secreto.

Otro procedimiento relevante en el sistema de Naciones Unidas es la elaboración de **Informes**, tanto los temáticos como de países por Relatores que son nombrados para abocarse al estudio de una situación especial en que se vean afectados los derechos humanos. La posibilidad de un control internacional a través de Relatores ha cobrado especial importancia en las últimas décadas ya que es visto como un sistema útil para poder conocer en detalle una situación de violaciones de derechos humanos y buscar soluciones directamente con los gobiernos involucrados.

33 Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

34 Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

35 T. Buergenthal, (1998) pp. 93-108.

36 Asamblea General, Naciones Unidas, *Resolución 60/251 Consejo de Derechos Humanos*, del 3 de abril de 2006, en A/RES/60/251.

37 Los mecanismos referimos están establecidos por la ECOSOC, Resolución 1235 (XLII) del 6 de junio de 1967 y la Resolución 1503 (XLVIII) del 27 de mayo de 1970.

Actualmente, existe un amplio desarrollo del **sistema de tratados** de derechos humanos que contemplan una serie de órganos encargados de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados asumidas bajo cada tratado en particular. Estos órganos cuasi-judiciales se denominan **comités** y su trabajo se vincula directamente con cada uno de los instrumentos a los cuales están adscritos. La creación de los Comités puede ser convencional, a través de protocolos o por resoluciones de los órganos políticos³⁸.

En el sistema de control y protección de derechos humanos contemplados en los tratados específicos también se contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados. En el trabajo de los comités destacan tres procedimientos: informes, observaciones y casos individuales. Para el control de las obligaciones se contempla un sistema de “**examen de los informes de los Estados**” que funciona sobre la base de los informes que los Estados deben presentar al Comité “sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”³⁹. Frente al Informe del Estado y luego de una audiencia pública donde se confronta el informe del Estado con la información y preguntas que tenga el comité, se elaboran observaciones finales al Estado a objeto de señalarle los avances que ha tenido y los temas que se encuentran pendientes y que son objeto de preocupación del comité. Con el fin de ayudar a los Estados a elaborar informes, el Comité elabora **Observaciones Generales** como guía para su preparación, las que precisan el contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en el Pacto. Las observaciones constituyen de algún modo jurisprudencia del Comité respectivo.

Como un mecanismo de protección de los derechos, algunos comités contemplan el examen de **comunicaciones individuales**. Estos procedimientos tienen por objeto determinar si en

el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta⁴⁰. Se establecen al efecto procedimientos cuasi-jurisdiccionales donde las víctimas de violaciones de derechos consagrados en los convenios pueden recurrir, rendir pruebas (escritas) y el Estado tiene la posibilidad de plantear sus defensas. Todo ello termina con una resolución del comité donde se determina si ha habido o no violación de la obligación del Estado.

2. EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Carta de la OEA señaló como uno de sus principios “los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo” (artículo 5 j.), para más adelante disponer que es un deber de los Estados Miembros el respeto “a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal” (artículo 13). Al igual que en Naciones Unidas, la Carta no definió los derechos humanos y de ahí la relevancia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, documento que hoy se considera parte integrante de la Carta de la OEA⁴¹.

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica donde se suscribió el 22 de noviembre de 1969, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (CADH)⁴². Esta Convención recoge un amplio catálogo de derechos civiles y políticos, también establece ciertas obligaciones generales de los Estados, fija pautas para resolver conflictos de derechos y regula la suspensión de los mismos.

Desde la década del '80 en adelante, el sistema interamericano ha desarrollado un amplio **sistema normativo** de protección de derechos humanos, dentro de este sistema destacan los siguientes

40 A esta fecha, los siguientes comités están facultados para conocer de casos individuales: Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Comité contra la Tortura (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanas o Degradantes), Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial).

41 Nikken, (1989), pp. 65-100.

42 La Convención entró en vigencia el 18 de Julio del año 1978, al ser depositado el instrumento de ratificación de Granada que dio el quórum necesario.

38 Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

39 Ver artículo 40 del PIDCP.

instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos son dos los **órganos** encargados del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el año 1959 el sistema cuenta con un órgano encargado del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos, cual es, la **Comisión Interamericana**⁴³. La Comisión tiene una naturaleza cuasi-judicial, ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época y ha ido fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano. Hoy es un órgano de la Carta de la OEA que ejerce su competencia respecto de todos los Estados partes del sistema interamericano. La Comisión tiene una serie de funciones: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos; preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar de los gobiernos informes; atender las consultas; actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones individuales y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos⁴⁴.

43 Fue creada en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959, celebrada en Santiago se estableció una estructura base y se fijó asimismo su finalidad central, cual era, la de "promover" los derechos humanos y se encargó al Consejo de la Organización de Estados Americanos fijar las atribuciones específicas.

44 Ver artículo 41 de la CADH.

A partir del año 1969, con la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención Interamericana"), se crea la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, con funciones jurisdiccionales⁴⁵. La creación de la Corte Interamericana se enmarca en el esfuerzo jurisdiccional internacional en materia de protección a los derechos humanos. Ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁶ y puede, además, emitir opiniones consultivas⁴⁷.

Frente a situaciones de violación de derechos humanos, en especial en casos de violaciones masivas y sistemáticas y estructurales, el principal instrumento con el que cuenta la Comisión es la confección de **Informes sobre Países** o "**country reports**". Las **visitas in loco**⁴⁸ son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permita acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

La Comisión tiene facultades para recibir **denuncias individuales** en las que se aleguen

45 Su antecedente más importante en el sistema interamericano es la Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907 y que funcionó hasta 1918, sin perjuicio que dicha Corte no tuvo competencia en materia de derechos humanos.

46 Tiene competencia, además, para conocer de violaciones al párrafo a) del artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII); además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura (Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 180-191).

47 Artículo 64 de la CADH: "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

48 Sobre esta materia ver Vargas, Edmundo, "Las Observaciones in loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", pp. 290-305 *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, 1984.

violaciones aisladas de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales respecto de los cuáles la Comisión tiene competencia. El acceso a la Comisión es muy amplio y podrá presentar un caso cualquier persona e incluso la Comisión de *mutuo* propio podrá iniciar una investigación. Los Estados también tiene esta facultad. El procedimiento ante la Comisión es cuasi-judicial y se tramita fundamentalmente por escrito, aunque existe la posibilidad de que se cite a una audiencia para recibir prueba testimonial. Los casos ante la Comisión pueden terminar por solución amistosa, allanamiento del Estado, desistimiento de la víctima o por un informe final. En aquellos casos en que el Estado ha dado competencia a la Corte, la Comisión está facultada para someter casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención.⁴⁹ Esta facultad es relevante ya que es el único mecanismo para que una persona individual pueda hacer llegar un caso ante la Corte. El procedimiento ante la Corte es de carácter judicial, con recepción de pruebas escritas u orales. Las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y si en un caso determina que existe una violación a la Convención, está facultada para adoptar medidas de reparación⁵⁰.

VI. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL

Ya he señalado que el derecho internacional ha desarrollado dos sistemas paralelos para enfrentar situaciones graves de ilícitos internacionales: uno centrado en la responsabilidad estatal y otro centrado en la responsabilidad personal, esto último a través de la justicia penal internacional.

A continuación reseñaré algunos temas que han marcado el desarrollo de la justicia internacional como una forma de respuesta de la comunidad internacional ante ilícitos de trascendencia para la humanidad como un todo. Este es un punto

relevante a considerar ya que el desarrollo de la justicia penal internacional está fundado en la idea de que hay ciertos crímenes que no sólo ofenden a las víctimas, sino que son una afrenta a la humanidad, entendiendo esta como un sujeto de derecho internacional.

A efectos de este curso, me centraremos en:

- La justificación de la justicia penal internacional y su evolución histórica
- La Corte Penal Internacional
- Los crímenes internacionales

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Si bien la base de la jurisdicción se basa en el aspecto territorial, donde será el Estado donde ocurran ciertos ilícitos el primer llamado a administrar justicia, es posible que en ciertos casos excepcionales la decisión de procesar penalmente se desplace a otros foros distintos del interno.

La base de esta decisión está en el objetivo de proteger al individuo frente al Estado y para ello puede ser necesario buscar caminos para que esta **protección sea eficaz**. La eficacia de esta protección está dada por el reconocimiento del hecho de que si se pretende prevenir la realización de crímenes de cierta gravedad no puede centrarse la responsabilidad solo en los Estados, sino que también es necesario que los individuos respondan de los crímenes cometidos. En este sentido, la amenaza de la sanción penal es un medio para disuadir y por tanto prevenir la comisión de estos actos. Asimismo, la sanción penal, una vez ocurrida la acción criminal, busca un objetivo de satisfacción de la víctima y de castigo al responsable.

Por tanto, podemos entender al derecho penal internacional como la rama del derecho internacional que asigna responsabilidad criminal a individuos por violaciones graves y específicas del derecho internacional.

Una primera aproximación al tema de la justicia internacional está planteada en el período post primera guerra mundial. En el propio Tratado de Versalles (1919) se dispone la creación de un Tribunal Internacional Especial para juzgar al Kaiser Guillermo II por “un delito supremo contra la moral internacional y la inviolabilidad de los

49 Artículo 61.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

50 Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en material de reparaciones, ver mi libro Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2004.

tratados” (art. 227). Este proceso no tiene resultado práctico ya que el Kaiser se fuga solicitando asilo en Los Países Bajos y evade la acción de la justicia. Además, hay un interesante proceso -también frustrado- en las intenciones de juzgar a otros responsables de crímenes cometidos por alemanes en la primera guerra. Iniciado el proceso de juzgamiento, Alemania reconoce derecho aliados de juzgar a los infractores de las leyes y costumbres guerra en tribunales de aliados. Pero ofrece juzgar ella misma. Los aliados aceptan, pero con un resultado desastroso: de 901 casos a ser investigados, 888 fueron sobreseídos o finalizaron con declaraciones de inocencia; los 13 condenados finalmente no cumplen sentencia.

Sin duda que el paso central en materia de justicia internacional se dio en los procesos seguidos al final de la Segunda Guerra Mundial. Los juicios de Nuremberg y Tokio marcaron un hito en este tema, tanto por los esfuerzos de la comunidad internacional por no dejar en la impunidad los crímenes cometidos por el régimen nazi y por Japón; así como por las críticas que surgieron a la forma en la que se desarrolló este esfuerzo. En el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (1945), así como en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (Tokio, 1946) se persiguió la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Estos esfuerzos de justicia internacional dieron origen a un proceso de normativo muy interesante. Por una parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los Principios de Derecho Internacional codificados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (11 de diciembre de 1946). Posteriormente, se realizaron esfuerzos de codificación a través de la Comisión de Derecho Internacional⁵¹. Como es de suponer, estos esfuerzos no avanzaron en el contexto de la Guerra Fría que –precisamente- congeló toda posibilidad de poner de acuerdo a las principales potencias de la época en dar pasos decisivos en este proceso.

No es casual, por tanto, que no sea sino hasta el término de la Guerra Fría que se dieron nuevos pasos en el ámbito de la justicia internacional. Serán los crímenes que se produjeron en el

contexto de la guerra en la Ex-Yugoslavia y los hechos de que fue testigo la humanidad en Ruanda, que se avanzó en este campo. El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY, 1993) buscó el juzgamiento de responsabilidad internacional (artículos 2 a 5) por graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949; violaciones de las leyes y costumbres de la guerra; genocidio; crímenes contra la humanidad en conflicto armado, nacional o internacional, dirigido contra la población civil. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, 1994) persiguió responsabilidad (artículos 2 a 4) para los siguientes ilícitos: genocidio; crímenes contra la humanidad por ataque sistemático o extendido contra población civil por razones políticas, étnicas o raciales o pertenencia a una nación determinada; violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra

El proceso de los Tribunales especiales para la Ex - Yugoslavia y Ruanda, fue objeto de críticas similares a las que recibieron los tribunales de Nuremberg y Tokio. Podemos resumir dichas críticas en las siguientes:

- Fueron una respuesta *ex post facto*. En este sentido son tribunales especiales y con jurisdicción retroactiva.
- Vinculado con lo anterior, en los casos de la Ex-Yugoslavia y Ruanda la justicia internacional penal recibió críticas muy por problemas de selectividad implícita en la medida que al definir ciertos factores de tiempo y lugar en que se debía centrar la investigación implicaba dejar fuera ilícitos de igualdad gravedad de los que se iban a juzgar.
- También se ha criticado ¿quién juzga? y ¿a quién se juzga?, principalmente, por el problema de selectividad que se genera. Además, de que en algunos de estos casos existe un claro “juzgamiento de los vencedores a los vencidos” lo que afecta la legitimidad del sistema.
- Un tema muy criticado fue que en estos casos se juzgó responsabilidad penal en circunstancias que no estaban tipificados con anterioridad los ilícitos que iban a acarrear la responsabilidad penal internacional.
- Finalmente, una crítica que siempre ha estado presente respecto de la justicia penal ha sido la crítica que han formulado los Estados en orden a que esta forma de jurisdicción

⁵¹ Se tradujo en un Proyecto de “Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, de 1954.

internacional se arroga una actividad propia de las jurisdicciones internas.

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Frente a estas críticas el desarrollo de la Corte Penal Internacional implica un gran paso de la comunidad internacional para dar respuesta a estas principales críticas.

En este sentido puede ser leído el artículo 1 del Estatuto de Roma⁵²:

“La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto”.

Por tanto, las principales características de la competencia de la Corte son:

- Carácter permanente, como una forma de superar las críticas a un tribunal especial *ex post facto*. Además, juzgará solo hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación y no tendrá competencia retroactiva.
- Juzgará solo los crímenes internacionales más graves, los que estarán previamente tipificados en el propio Estatuto (arts. 5 y sgtes.).
- Juzgará solamente la responsabilidad penal de personas y no de Estados (art. 25).
- La Corte tendrá un carácter complementario de las jurisdicciones nacionales, esto es, sólo actuará en aquellos casos en que el Estado no pueda hacerlo o no quiera cumplir con esta obligación (art. 17)

3. CRÍMENES INTERNACIONALES

A partir de las primeras experiencias de la justicia internacional se ha trabajado sobre la base de una triada de ilícitos internacionales:

- Crímenes de guerra
- Crímenes de lesa humanidad
- Crímenes contra la paz (agresión)

Si bien cada uno de estos ilícitos pueden ser estudiados desde una perspectiva histórica para

ver cómo han ido evolucionando, en este curso nos centraremos en el estado actual de la discusión a partir del Estatuto de Roma. Opto por este acercamiento al tema toda vez que el Estatuto es el debate más actual sobre la materia y precisamente, la forma en que fueron conceptualizados corresponde a una respuesta a muchos de los debates que han estado presentes en torno a estos ilícitos. En cada ilícito veremos la forma del tipo, los elementos centrales de su construcción y la evaluación de cada ilícito.

El marco general de la regulación de los ilícitos internacionales está contemplado en el artículo 5 del Estatuto de Roma:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

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

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

➤ Genocidio (art. 6)

El crimen de genocidio se consagra en el Estatuto de la siguiente forma

Art. 6: A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de genocidio:

⁵² Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

- Un elemento central en la definición del genocidio es la necesidad de que concurra un elemento subjetivo: la intención de cometer el crimen, esto es, de exterminar a un cierto grupo.
- El grupo a ser exterminado debe ser un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Algunas cuestiones que es necesario tener en consideración en el crimen de genocidio:

- Si bien este es conceptualmente parte del delito de crimen de lesa humanidad, se mantiene su tratamiento separado, básicamente, por una cuestión de relevancia del ilícito en la historia del derecho penal internacional y por eso se le trató en forma autónoma.
- No hubo consenso en ampliar el tipo a otra categoría de grupos afectados, como son los grupos políticos
- El acto es de exterminio físico o biológico (se excluye lo cultural)

➤ **Crímenes de lesa humanidad**

Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos como:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad:

- El ataque debe estar dirigido contra una población civil
- La característica del ataque es disyuntiva, puede ser "generalizado", esto es, regido por un criterio cuantitativo o "sistemático" donde el elemento planificación es el central.
- Debe concurrir un elemento subjetivo, dado por el "conocimiento del ataque".
- Finalmente, el acto con los requisitos señalados debe ser "cometido en el marco de una política de estado o de una organización".

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad:

- Remueve el nexo con conflicto armado (internacional o nacional)
- Requerimiento de gravedad disyuntivo: puede ser definido vía su extensión o vía la sistematicidad. Esto despeja dudas acerca de si ambos elementos debían concurrir copulativamente.
- Aporta novedades en los actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad, donde se recogen algunos hechos emblemáticos en el mundo de derechos humanos: el apartheid, la desaparición forzada; plantea, además, una visión amplia de actos contra la integridad personal más allá de la tortura; incluye las ofensas sexuales como actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad.
- Se ha criticado que el tipo deja abierta la puerta a actos no expresamente tipificados. En la letra k) se señalan "Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Esto puede ser un problema a la luz de la necesaria estrictez de los tipos penales.

➤ **Crímenes de guerra (art. 8)**

Los crímenes de guerra han sido definidos por el Estatuto de Roma en los siguientes términos:

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

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de guerra:

- A partir del listado de actos que de ser realizados en el contexto general que fija el tipo penal del art. 8, podemos concluir que los crímenes de guerra son crímenes del *jus in bellum*, esto es, son los crímenes relativos a la forma en la cual se conducen las hostilidades en un conflicto armado.
- Un elemento central para la configuración del ilícito es que los actos que se enumeran en el art. 8 se comenten como parte plan o política, o bien, como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Por tanto, podrá ser un elemento definitorio que estos crímenes

sean planificados o bien también funcionará como elemento definitorio la pasividad de los mismos. No será necesario que estos requisitos concurren copulativamente.

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de guerra son:

- Nivel de gravedad: el Estatuto se refiere a los crímenes de guerra que se comentan bajo una cierta condición de gravedad, esto es, según el Estatuto, aquellos crímenes que se comentan ‘en particular’ como parte del plan o con gran magnitud. No todo crimen de guerra será objeto de la competencia de la Corte, sino solo aquellos que se cometen bajo este contexto.
- Extensión a conflictos internos (más precisión que en art. 7)
- Es interesante que en la construcción del tipo, al señalar los actos que pueden ser constitutivos de un crimen de guerra, se haga mención a otros instrumentos distintos a las normas del derecho internacional humanitario, como por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño (1989).
- Sobre el uso de armas prohibidas, el Estatuto no cierra el listado. Se establece una lista no exhaustiva.

➤ **Crímenes de agresión (art. 5.2)**

Sobre el crimen de agresión, el Estatuto señala:

Art. 5.2: La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

En la discusión del Estatuto no hubo acuerdo sobre qué se entendería por “agresión” y ello llevó a que se pospusiera la discusión y no se transformara este en un tema que impidiera que el Tratado se acordara.

Es interesante tener en mente cuál es la definición que al respecto ha dado la Asamblea General de Naciones Unidas (3314/1974)

“Es el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de N.U.”

Algunos aspectos que deben ser tenidos en consideración:

- No hay acuerdo sobre la definición de la agresión y es especialmente difícil que se logre en un nuevo contexto político como el que ha planteado la “guerra preventiva” y la “guerra contra el terrorismo”.
- La definición del crimen de agresión dice relación con el *ius ad bellum*, esto es, el derecho a hacer la guerra.

ANEXO

**CASOS INTRODUCCIÓN A LOS SISTEMAS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS**

1. Caso violaciones masivas y sistemáticas: Comisión Interamericana, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Haití, OEA/Ser.L/V.88, Doc. 10 rev., Febrero 9, 1995 (extracto)

Desde el golpe de Estado del 29 de septiembre de 1991, se estima que 3000 personas fueron asesinadas. En 1993, después de la firma del Acuerdo de Governors Island, la represión escaló niveles alarmantes cuando la población alentada por dicho acuerdo expresó públicamente su apoyo al depuesto Presidente Aristide. Los casos de detenciones arbitrarias, palizas, allanamientos ilegales, confiscación de bienes e incendios, desapariciones forzadas y torturas se incrementaron, obligando a las víctimas y familiares a abandonar sus hogares y vivir en la clandestinidad. A mediados del año 1994, el Presidente Aristide declaró que el número de muertes bajo el gobierno *de facto* había ascendido a 5000.

La represión ejercida por los militares durante este período trató de destruir todo tipo de organización y toda actividad de apoyo al régimen democrático, incluida la libertad de expresión. A partir de enero de 1994, el régimen *de facto* aplicó nuevos métodos, particularmente efectivos para sembrar el terror en la población, incluyendo prácticas como las violaciones sexuales cometidas contra las esposas o familiares de militantes en favor del retorno de Aristide. Al no localizar a estos, los militares, "attachés" o miembros del FRAPH abusaban de las mujeres y niñas que se encontraban presentes.

De esta forma los abusos sexuales fueron utilizados como un instrumento de represión y persecución política. Otro método para aterrorizar a la población consistió en dejar los cadáveres de las víctimas severamente mutilados en las calles de Puerto Príncipe, los que eran carcomidos por los animales ante la inacción de las autoridades que detentaban el poder. Esos actos repudiables tenían la doble finalidad de impedir que la víctima fuera identificada por los familiares, obstaculizando así su presentación ante la justicia, y por otra parte de crear un ambiente de represión preventiva ante cualquier tipo de manifestación popular.

2. Caso violaciones individuales: Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Case of Müller and Others v. Switzerlan*, N° 10737/84, sentencia 24/05/1988, (resumen)

El señor Muller es un pintor latinoamericano muy conocido. Ha ganado varios premios y muchos de sus trabajos se encuentran en exhibición en diversos museos de la región. En 1992, tres de las pinturas del sr. Muller -tituladas "Tres noches, tres retratos"- empezaron a exhibirse en un museo con ocasión del natalicio de la ciudad en que se realizaba la exposición. El día de la inauguración oficial, el fiscal público de dicha ciudad denunció a los tribunales que, al parecer, las pinturas del sr. Muller infringían el artículo 204 del Código Penal nacional, que prohíbe las publicaciones obscenas y dispone que toda publicación de ese tipo debe ser destruida. La razón invocada por el fiscal fue la existencia de una denuncia formal de un individuo que había concurrido a la exposición con su hija menor, la que había reaccionado muy violentamente ante los tres cuadros que se exhibían, y la información recibida de que otro visitante había presuntamente tomado uno de los cuadros y lo había tirado al suelo y pisoteado.

El juez del crimen, junto con abrir un expediente del caso, se constituyó en la exposición y procedió a remover y confiscar los cuadros en cuestión. Durante el juicio, el Fiscal aportó pruebas de expertos psicólogos para demostrar el efecto negativo que los cuadros podían tener en menores de edad. El pintor intentó conseguir un abogado, pero le fue imposible porque en la ciudad donde vivía los abogados eran todos muy conservadores y se negaron a defender el caso. El pintor pidió un abogado asignado por el Estado, pero advirtió que no estaba dispuesto a pagarlo, porque no era un abogado de su elección. Como el señor Müller era un hombre de dinero, el Estado se negó a proporcionarle un abogado de manera gratuita, como consecuencia de lo cual el acusado no tuvo defensa letrada sino que debió defenderse por sí mismo.

Por la cuantía del fallo, la sentencia del tribunal no era apelable, sino que se permitía sólo la casación cuando existían errores de derecho. El pintor no pudo encontrar causal alguna para recurrir de casación, por lo que el proceso terminó con la sentencia del tribunal, que condenó al sr. Muller a pagar una multa. El Tribunal no ordenó la destrucción de los cuadros, sino que instruyó al Museo de Arte e Historia de la ciudad que los recibiera en depósito y custodia, para que pudieran ser vistos sólo por unos pocos especialistas que, a juicio del curador del Museo, fueran capaces de tener respecto de ellos un interés puramente artístico o cultural.

3. Caso violaciones individuales: Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, (resumen)

Manfredo Velásquez desapareció el 12 de setiembre de 1981, entre las 16:30 y las 17:00 horas, en un estacionamiento de vehículos en el centro de Tegucigalpa. Fue secuestrado por varios hombres fuertemente armados, vestidos de civil, que utilizaron un vehículo Ford de color blanco, sin placas.

El hecho mismo del secuestro fue negado por las autoridades. Los familiares de Manfredo Velásquez interpusieron tres recursos de habeas corpus, contemplado en la legislación interna del Estado, los cuales fueron rechazados por las autoridades judiciales, sin que se realizara ninguna diligencia para dar con el paradero del sr. Velásquez.

A la fecha, el sr. Velásquez aún se encuentra desaparecido.

En el mismo período de la desaparición de Manfredo Velásquez, se constataron más de 100 desapariciones con el mismo modus operandi que aquel que afectó a M. Velásquez.

4. Caso violaciones estructurales: Comisión Interamericana, Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser Objeto de Violencia y Discriminación, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, informe de 7 marzo 2003 (extracto)

En relación con la situación de las mujeres en Ciudad Juárez, a fines de 2001, la principal preocupación mencionada se refiere a que seguía impune el asesinato de más de 200 mujeres a partir de 1993. Las víctimas habían sido asesinadas brutalmente, muchas de ellas fueron violadas o golpeadas y luego estranguladas o muertas a puñaladas. Algunos de los cadáveres mostraban signos de torturas o mutilaciones. Las teorías referentes a los móviles de los asesinatos de esas jóvenes iban desde el narcotráfico hasta la prostitución o los homicidios “seriales”.

Las organizaciones dieron cuenta de la negligencia de las autoridades encargadas de investigar esos delitos y procesar a sus perpetradores, así como de la ineficacia global de la administración de justicia y la falta de voluntad política a todos los niveles de hacer frente al problema. Señalaron que si bien el problema había recibido atención en el ámbito nacional e inclusive internacional, no existía la genuina determinación de darle efectiva respuesta.

En esa etapa inicial el Estado mexicano, tanto en el ámbito federal como a través de las autoridades de Chihuahua, manifestó gran preocupación con respecto a los asesinatos y se mostró dispuesto a recibir la visita de la Relatora Especial. Las autoridades pertinentes de Chihuahua, principalmente de la Procuraduría General de Justicia del Estado (en lo sucesivo “PGJE”), brindaron información sobre los esfuerzos realizados para investigar y aclarar los asesinatos, en especial los esfuerzos de la Fiscalía Especial establecida en 1998 para enfrentar esos crímenes. Las autoridades señalaron que el establecimiento de esa Fiscalía y la ulterior adopción de nuevos métodos de trabajo, políticas y programas como respuesta a esos delitos demostraba la seriedad de su respuesta. La PGJE hizo hincapié en que a su juicio se habían logrado importantes avances.

Lo que quedó en claro en el curso de la visita de la Relatora Especial, y ha sido reafirmado en la información analizada desde entonces, es que los asesinatos que han recibido especial atención debido a la barbarie de sus circunstancias o su posible carácter de asesinatos “seriales” están íntegramente vinculados con una situación más amplia de violencia basada en el género, que comprende desapariciones, así como otros delitos sexuales y de violencia doméstica. Un denominador común de la mayoría de esos crímenes es la imposibilidad de las víctimas o sus familiares de obtener pronto acceso a protección y garantías judiciales. Estos problemas, a su vez, están inextricablemente vinculados con patrones históricos de discriminación basada en el género. La denegación de una respuesta eficaz se origina y se propaga en virtud de la percepción de que la violencia contra la mujer -el caso más elocuente es el de la violencia doméstica-- no es un delito grave. La falta de una respuesta oficial eficaz forma parte del contexto más amplio de la discriminación. Para enfrentar los asesinatos se requiere necesariamente hacer frente a los problemas de mayor escala de la violencia y la discriminación basadas en el género, primero y principalmente a través de un pronto y eficaz acceso a la justicia.

5. Caso Responsabilidad Penal Individual_Foca

En el año 2005, en el contexto del conflicto interno de la Ex Yugoslavia ocurren los siguientes hechos: el pueblo de Foca, ubicado al sureste de Sarajevo, fue capturado por fuerzas serbias. Posterior a la captura, miles de croatas y musulmanes fueron arrestados. Las mujeres y niños fueron confinados en centros de detención distintos, entre estos se encontraba la escuela secundaria de Foca y el estadio “Partizan”.

Muchas de las mujeres detenidas fueron sujeto de tratos degradantes, golpizas, violaciones y “gang rapes”. Se sostuvo por la fiscalía que soldados serbios acudían a los lugares de detención femeninos con la intención de seleccionar mujeres para atacarlas sexualmente.

A mediados de Mayo del mismo año, las fuerzas serbias capturaron el pueblo de Kalinovik y procedieron a detener a los habitantes croatas y musulmanes. También aquí se dio gran número de casos de abusos sexuales contra las mujeres que se hallaban en detención.

Al acusado, Radomir Kovac, subcomandante de la policía militar serbia situada en Foca, se le imputaron los siguientes hechos: el acusado trasladó hasta un departamento a dos mujeres (una de ellas de 12 años de edad), las cuales fueron violadas repetidas veces tanto por Kovac como por varios soldados pertenecientes a su unidad. Ambas mujeres fueron obligadas a trabajar para el acusado por casi 4 meses. Posteriormente una de ellas fue vendida a un soldado no identificado.

6. Caso Responsabilidad Penal Individual_XX

El Estado xx ratifica el Estatuto de Roma en diciembre de 2005.

En diciembre de 2006 una de las regiones de XX (XX-Sur) declara su independencia e instala su propio gobierno con sede en la capital de dicha región. La reacción del Gobierno central es declarar estado de emergencia en la región de XX-Sur y enviar tropas a sofocar la rebelión bajo el mando del General J.N.M. Luego de meses de cruentos enfrentamientos armados, las tropas centrales logran retomar el control de la zona.

Transcurridos nueve meses desde la fallida declaración de independencia de XX-Sur la prensa nacional comienza a denunciar múltiples casos de ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas durante la ocupación militar de la zona.

El Presidente de la República solicita la renuncia del General Riquelme quien es detenido por efectivos de la policía militar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- G. **Bidart**, *Los derechos del hombre. Filosofía, constitucionalización, internacionalización*, Ediar, Argentina, 1974
- T. **Buergerthal**, *Derechos Humanos Internacionales*, México, editorial Gernika, 1998.
- N. **Bobbio**, *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, 1985
- M. **Carbonell** (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003
- H. **Faúndez-Ledesma**, "La protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia", en T. Buergerthal (editor), *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, N.P. Engel, Kehl, Alemania, 1984, pp. 101-126
- L. **Ferrajoli**, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello, (ed.), Trotta, 2001.
- "Pasado y futuro del Estado de derecho", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003
- M. **Fioravanti**, *Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las constituciones*, Editorial Trotta, 2003.
- H. **Fix-Zamudio**, "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Tomo I, IIDH, San José-Costa Rica, 2003
- J. **Hart Ely**, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.
- E. **Garzón**, "Las funciones del Derecho en América Latina", en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1993
- K. **Loewenstein**, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982
- C. **Nash**, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.
- "La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?", en *Sesquicentenario del Código Civil Chileno*, M. Tapia, et. al, (editor), Lexis-Nexis, 2005.
- P. **Nikken**, "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, Mayo 1989, pp. 65-100.
- R.E. **Norris** y P.D. **Reiton**, "The suspension of guarantees: A comparative analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties", en *American University Law Review*, vol. 30, 1980
- M. **Nowak**, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff, 2003.
- G. **Peces-Barba**, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999
- A. **Pérez Luño**, *Los derechos fundamentales*, Tecnos-Madrid, 1984
- L. **Prieto**, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990
- A. **Ruiz Miguel**, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, 2002
- E. **Vargas**, "Las Observaciones in loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", pp. 290- 305 *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, 1984.