

ISSN 0000|0000

ANUARIO VENEZOLANO
DE DERECHO
HUMANOS



Facultad de Derecho
Centro de Derechos Humanos CDH



Caracas
Venezuela
Mes - Mes
AÑO

Anuario venezolano de Derechos Humanos N° 001.

Semestre mes- 2023

ISSN:

Fundado en: AÑO XXX

Director-Editor

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Editor-Jefe

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

CONSEJO EDITORIAL

--

CONSEJO DE REDACCIÓN

--

©Universidad Católica Andrés Bello. Apartado Postal 20332.

Caracas 1020-A, Urb. Montalbán. La Vega. **Centro de Derechos Humanos de la UCAB.**

Teléfonos: 0212 4074238 – 4074237. www.ucab.edu.ve

COLOCAR EL ENLACE DE SU REVISTA EN “REVISTAS EN LÍNEA”

Depósito Legal: XXX ISSN: XXX

Dirección para el envío de correspondencia y canje:

xxxxx@xxxxxxx.com

Correos electrónicos para el envío de trabajos:

xxxxx@xxxxxxx.com

Diseño y Producción: **abediciones**

Diagramación:

Diseño de portada:

Venta: **abediciones**

Canje y donación: **abediciones**

Contenido

Presentación	1
Andrés Bello, precursor de los Derechos Humanos y promotor del Derecho Humanitario: ¿mito o realidad?	6
Relectura del derecho a la democracia: el pluralismo y la alternancia en el poder como sus garantías	45
La advertencia de Kelsen: entre derechos humanos asfixiantes y tribunales insoportablemente poderosos	67
El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.....	90
Conceptos de Jurisprudencia Universal.....	125
Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.....	159

Presentación

Centro de Derechos Humanos de la UCAB

Desde tiempos inmemoriales, la discusión y el análisis riguroso de las ideas ha sido la piedra angular en la construcción del derecho internacional en todas sus vertientes, incluyendo el derecho internacional de los derechos humanos, el cual ha sido forjado gracias al esfuerzo de tribunales nacionales e internacionales, organismos de protección y entidades multilaterales, pero muy en especial, por aquellos quienes sueñan, piensan, debaten y crean ideas o movimiento que han logrado generar los verdaderos cambios en la sociedad.

En nuestros días, el entorno jurídico, social, político y económico de la región ha sido objeto de diversas situaciones que demandan una constante reflexión en torno a los temas de derechos humanos, y Venezuela no ha sido ajena a esta realidad.

La educación, defensa y promoción de los derechos humanos es una tarea de trascendental importancia, ya que permite mantener la resistencia en los espacios de pensamiento que perfilan el tránsito hacia la democracia y la reinstitucionalización del país. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (CDH-UCAB) y la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL) son plenamente conscientes de que, a pesar de los grandes aportes que Venezuela ha realizado en la defensa de los derechos humanos, su comunidad carecía de una herramienta de discusión académica especializada en esta materia. Es por ello por lo que, en el año 2021, a pesar de que el mundo era azotado por la pandemia del COVID-19, ambas instituciones lograron unirse en una alianza excepcional para dar vida a este Anuario sobre Derechos Humanos, como una fuente de inspiración y esperanza en medio de la adversidad.

El contexto actual del país ha dejado en evidencia la existencia de un importante grupo de futuros defensores y defensoras de los derechos humanos a nivel nacional, quienes podrán contribuir significativamente al enriquecimiento del contenido de este anuario especializado. Además, dicho anuario se erige como un espacio crítico y académico para el análisis y evaluación de diversas posturas en la materia, aspecto esencial en la generación de nuevos conocimientos. Por tanto, resulta de vital

importancia que la comunidad académica y las personas defensoras de los derechos humanos cuenten con una herramienta como esta que les permita dar a conocer sus hallazgos, prácticas, actualizaciones e inquietudes en el ámbito académico. Todo ello constituye el fundamento principal para la creación de un anuario especializado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuya gestión estará a cargo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello en colaboración con la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales.

El anuario venezolano fue concebido como una iniciativa conjunta entre la profesora Dra. Thairi Moya Sánchez y el director del Centro, profesor Eduardo Trujillo Ariza, quienes unieron esfuerzos para llevar a cabo esta importante iniciativa. La idea surgió en respuesta a los rápidos cambios en el ámbito internacional, y fue presentada por la Dra. Moya al profesor Trujillo, quien se mostró muy entusiasmado con el proyecto y lo aceptó con gran agrado. Además, gracias al apoyo fundamental del Dr. Humberto Romero Muci, Presidente para ese entonces de ACIENPOL, el proyecto fue presentado a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con gran entusiasmo y logrando una unión histórica entre la Academia y la UCAB. En un principio, se puede considerar que este fue un proyecto muy ambicioso, que ha implicado muchas horas de trabajo para la creación de un anuario dedicado a la investigación de temas tan complejos como lo son los derechos humanos que sin la colaboración del académico y profesor Carlos Ayala Corao y del profesor Leonardo Verónico, junto con las asistentes de investigación del Centro, en especial María Guerreiro, hubiese sido imposible llevar a cabo este proyecto.

El presente Anuario encarna un anhelo de larga data de la comunidad venezolana, la cual carecía de un espacio exclusivamente dedicado a la temática de los derechos humanos con una proyección no sólo a nivel nacional, sino también internacional. Es con gran satisfacción que hoy podemos celebrar la materialización de este proyecto, el cual rinde homenaje a los más de veinte años de ardua labor formativa llevada a cabo por el Centro de Derechos Humanos UCAB.

Es con singular alegría que presentamos el primer ejemplar del Anuario Venezolano de Derechos Humanos, una publicación surgida con ocasión de la celebración de los veinte años de la fundación del primer Centro de Derechos Humanos en Venezuela, llevada a cabo por la comunidad académica de la Universidad Católica Andrés Bello. Desde entonces, dicha iniciativa se ha dedicado a consolidar, investigar y difundir la defensa y promoción de los derechos humanos en nuestro país.

En pocas palabras, nos enorgullece presentar este primer número del Anuario Venezolano de Derechos Humanos, fruto del esfuerzo de una comunidad académica comprometida con la noble tarea de fomentar y salvaguardar los derechos humanos en nuestro país. Este anuario es un testimonio de la labor sostenida del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y un reflejo del compromiso de la academia y la sociedad en general con la protección de los derechos fundamentales. Esperamos que esta publicación contribuya a la promoción del debate y el conocimiento en la materia, y que sirva como un faro de esperanza para quienes luchan por la justicia y la dignidad humana en Venezuela y más allá.

Eduardo Trujillo Ariza y Thairi Moya Sánchez

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

El lanzamiento del Anuario venezolano de Derechos Humanos es una iniciativa conjunta entre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, que tiene por propósito divulgar el pensamiento académico sobre esta importante temática. La Academia decidió acoger esta iniciativa con entusiasmo y designó como sus representantes a dos de sus individuos de número: los doctores Héctor Faúndez Ledesma y Carlos Ayala Corao.

Se trata de la primera iniciativa especializada de esta naturaleza en Venezuela, la cual dará cabida a trabajos de investigación en el campo de los derechos humanos; y aunque su enfoque principal será el jurídico, estará abierta a la divulgación de los diversos enfoques de los derechos humanos incluida la histórica, la sociológica, la politológica y la económica, entre otras.

El Derecho de los derechos humanos es una disciplina que se integra por la confluencia entre el Derecho internacional y el Derecho interno. De allí que serán bienvenidos los trabajos sobre la materia desde una dimensión de Derecho interno (Constitucional, Penal, Administrativo, Civil, Tributario, Procesal, etc.) y una dimensión de Derecho internacional de los derechos humanos (tratados y otros instrumentos, doctrina, jurisprudencia, etc.). De especial interés serán los trabajos de Derecho Comparado entre los sistemas internacionales, ello es, entre el sistema universal de las Naciones Unidas y los tres grandes sistemas regionales (interamericano, europeo y africano).

En cuanto al Derecho interno, será importante la divulgación de los trabajos sobre el desarrollo y la implementación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno, a nivel del ordenamiento jurídico (constitución, leyes, reglamentos), de la jurisprudencia y de las prácticas administrativas.

Asimismo, será de gran importancia el estudio de los métodos de interpretación en materia de derechos humanos, tanto a nivel internacional como nacional. Los tratados en general tienen sus reglas de interpretación están establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pero los tratados de derechos humanos no tienen por objeto y fin el tradicional intercambio de beneficios mutuos entre los Estados parte, sino el reconocimiento y protección de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Debido a la especificidad de los tratados de

derechos humanos, éstos deben ser interpretados utilizando las reglas propias como son el principio de progresividad, y el carácter dinámico y evolutivo de estos instrumentos.

De esta forma, hacemos votos para que este Anuario contribuya activamente a divulgar y proyectar el pensamiento y la reflexión de los derechos humanos, para que así contribuya a la formación, al debate y a la evolución de éstos.

Venezuela viene sufriendo una crisis sistémica de los derechos humanos incluida una grave crisis humanitaria causada por el régimen político autoritario impuesto, el cual ha secuestrado la democracia y el Estado Constitucional de Derecho. Ante esta realidad el reto es acompañar a las víctimas, exigir el respeto de sus derechos y la reparación integral de sus violaciones, exigir la responsabilidad legal de los responsables (especialmente a nivel internacional), y al mismo tiempo, luchar por la adopción de medidas estructurales de no repetición. En ello, tendrá un rol fundamental los mecanismos de Justicia Transicional, la cual debe ser objeto de estudios y discusiones entre nosotros, bajo los estándares internacionales de derechos humanos.

En fin, todos estos y muchos otros serán los temas que deberán ser objeto de investigación y divulgación a través de nuestro nuevo Anuario venezolano de Derechos Humanos. ¡Bienvenido nuestro Anuario, su éxito dependerá de que todos y todas contribuyamos a que así sea!

Carlos Ayala Corao

Andrés Bello, precursor de los Derechos Humanos y promotor del Derecho Humanitario: ¿mito o realidad?

Resumen

En el presente ensayo, se estudia la obra de Andrés Bello en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario para determinar su verdadero aporte a estas dos ramas del Derecho Internacional Público. Nuestro objetivo es determinar, primero la existencia concreta, y luego el alcance preciso de esta vinculación. Para este cometido se ha analizado, de manera exegética y contextual, el principal trabajo de Bello en la materia: sus Principios de Derecho Internacional. Se describe la importancia que el Derecho Natural y la noción de Humanidad tuvieron para Bello, la forma como abordó las figuras que en la actualidad son consideradas como antecedentes de los Derechos Humanos, y se consigna la incorporación que hizo en su obra de normas del Derecho Humanitario existentes para su época.

Palabras claves: Andrés Bello, Derecho a la libre Determinación de los pueblos.

*Adalberto Urbina Briceño**

* Profesor jefe de Cátedra de Derecho Internacional Público en la UCAB, Caracas.

Andres Bello, a precursor of Human Rights and promoter of Humanitarian Law: myth or reality?

Abstract

In this essay, the work of Andrés Bello in relation to International Human Rights Law and International Humanitarian Law is studied to determine his true contribution to these two branches of Public International Law. Our goal is to determine, first the concrete existence, and then the precise scope of this link. For this purpose, Bello's main work on the subject has been analyzed exegetically and contextually: his Principles of International Law. The article describes the importance that Natural Law and the notion of Humanity had for Bello, the way he addressed the figures that are currently considered antecedents of Human Rights, and records the incorporation he made in his work of existing Humanitarian Law rules for his time.

Keywords: Andrés Bello, Right to Self-determination of peoples.

Résumé

Dans cet essai, nous étudions l'œuvre d'Andrés Bello en relation avec le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire afin de déterminer sa véritable contribution à ces deux branches du droit international public. Notre objectif est de déterminer tout d'abord l'existence concrète, puis la portée précise de cette connexion. À cette fin, nous avons analysé de manière exégétique et contextuelle la principale œuvre de Bello dans ce domaine : ses Principes de droit international. Nous décrivons l'importance qu'a eue le droit naturel et la notion d'humanité pour Bello, la façon dont il a abordé les concepts qui sont aujourd'hui considérés comme des antécédents des droits de l'homme, et nous soulignons l'incorporation qu'il a faite dans son œuvre de normes du droit humanitaire existantes à son époque.

Mots clés : Andrés Bello, antécédents, droits de l'homme, droit humanitaire, histoire.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las notas características de la historiografía venezolana ha sido la hiperbólica exaltación de los héroes militares en detrimento de las personalidades civiles¹. Las excepciones a esta patología han sido escasas. Quizá las más destacadas están representadas por dos intelectuales. Uno de ellos, un científico elevado a los altares por la Iglesia Católica: el Dr. José Gregorio Hernández; el otro, un humanista expatriado: don Andrés Bello. En este último civil, la exaltación se manifiesta en un casi enfermizo afán, por parte de los estudiosos, en demostrar que la erudición de Bello supera los parámetros enciclopédicos, hasta abarcar prácticamente todos los campos del saber humanístico incluyendo la Filosofía y la Psicología, la Religión, la Filología y la Gramática, la Educación y la Pedagogía, el Arte, el Derecho y la Sociología, entre otros². En el ámbito del Derecho, este fenómeno se ha expresado en iguales niveles que en los de la Lingüística y la Gramática. A Bello se lo considera versado en casi todos los campos del quehacer jurídico, entre ellos en los derechos romano, civil (sin duda el más destacado de su obra), constitucional, administrativo, procesal, penal, e internacional (público y privado)³. Aún más, dentro de cada rama del Derecho, también se repite la convicción de la sabiduría universal de Bello. En concreto, dentro del Derecho Internacional, se lo ha querido considerar como pionero o innovador de varias de sus instituciones y ramas, incluyendo las de más reciente data.

Ahora bien, ¿hasta qué punto es esto cierto? En el presente ensayo, se intentará precisar respecto de dos, relativamente nuevas, de estas ramas: la del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la del

¹ Sobre esta constante historiográfica venezolana (y hasta cierto punto, latinoamericana), *cfr.* Elías Pino Iturrieta, *El divino Bolívar: ensayo sobre una religión republicana*, segunda edición, Catarata Madrid, 2003.

² *Cfr.* Rafael Caldera, “*Andrés Bello. Noticia de su vida y de su obra y síntesis de su pensamiento*” (estudio preliminar); en Andrés Bello, *Principios de Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1946, pp. 33-38. Este “estudio preliminar” reproduce en su integridad la muy conocida obra: Rafael Caldera R, *Andrés Bello. Ensayo*, Parra León Hermanos Editores, 1935. Escrito por el Dr. Caldera durante su juventud, este ensayo había merecido el primer Premio Andrés Bello, otorgado por la Academia Venezolana de la Lengua ese mismo año de su publicación. Ha sido traducido a varios idiomas y tiene numerosas ediciones. La más reciente constituye el volumen V de la Biblioteca Rafael Caldera, lleva un prólogo del académico Francisco Javier Pérez y fue publicada por Cyngular e impresa en Caracas, Venezuela, por la Editorial Melvin, en 2015.

³ *Ibidem*, pp. 85-104.

Derecho Internacional Humanitario, haciendo la importante puntualización de que el surgimiento y desarrollo de este último ordenamiento, el Humanitario, es considerado como uno de los antecedentes más próximos de los Derechos Humanos y de su regulación. Aquí haremos énfasis, no en el llamado Derecho de la Guerra o relativo a la conducción de las hostilidades, ya bastante conocido para la época de Bello, sino más bien en el denominado Derecho Humanitario propiamente dicho, es decir, el que se ocupa de las víctimas de los conflictos armados. Así pues, la obra de Andrés Bello en relación con estas dos áreas del Derecho Internacional Público es el tema del presente estudio.

Nuestro objetivo es determinar, primero la existencia concreta, y luego el alcance preciso de esta vinculación, pues consideramos que es de sumo interés, sobre todo para los especialistas, conocer, con la mayor objetividad posible, el verdadero aporte de Bello a esta porción tan importante del Orden Jurídico Internacional.

Para ello se analizará exegéticamente y en su contexto la única producción monográfica general sobre el Derecho Internacional Público que Bello escribió con el propósito principal de que sirviese para “facilitar el estudio” de esta disciplina. Nos referimos a los célebres “Principios”, que vieron la luz en el año 1832, en Santiago de Chile, con el nombre de “Principios de Derecho de Jentes” [sic], en la que se considera la edición príncipe⁴. En vida del autor se publicaron otras dos ediciones, ambas en Valparaíso. Una segunda edición, corregida y aumentada, en 1844, en la que Bello decidió modificar el título a “Principios de Derecho Internacional”, sin ofrecer explicaciones⁵. Finalmente, una tercera edición, “corregida y considerablemente aumentada”, en 1864, en la que decide mantener el nuevo nombre, pues “en las lenguas modernas, se dice indiferentemente Derecho de Gentes, o Derecho Internacional, y aun es de creer que esta última denominación prevalecerá”⁶. En el presente estudio, analizaremos

⁴ Cfr. Andrés Bello, *Principios de Derecho de Jentes*, Imprenta de la Opinión, Santiago de Chile, año de 1832. Se cree que Bello prefirió solamente identificarse con sus iniciales por motivos de modestia. En el primer párrafo del prólogo explica Bello el mencionado “objeto principal” de su obra. En lo adelante citado como: “*Principios*, 1832”.

⁵ Cfr. *Principios de Derecho Internacional*. Segunda edición corregida y aumentada por Andrés Bello, Miembro de la Facultad de Filosofía y Humanidades y de la Facultad de Leyes, de la Universidad de Chile. Valparaíso: Imprenta del Mercurio. 1844. En lo adelante citado como “*Principios*, 1844”.

⁶ Cfr. *Principios de Derecho Internacional*. Tercera edición corregida y considerablemente aumentada por Andrés Bello, Miembro de la Facultad de Filosofía y Humanidades, y de la Facultad de Leyes, de la Universidad de Chile, Miembro correspondiente de la Real Academia Española y socio de otras corporaciones científicas y literarias. Valparaíso, 1864. Imprenta de la Patria. La explicación acerca de la preferencia por la denominación “Derecho

comparativamente, cuando corresponda, las tres ediciones de los *Principios*. Nuestra pretensión se ha circunscrito a estos *Principios*, dado su carácter especialísimo, con alguna referencia aislada a otros escritos del autor, pero estamos seguros de que en la extensa obra bellística habrá mucho más que investigar en el futuro para esclarecer y afinar la presente investigación⁷.

2. LAS INFLUENCIAS DOCTRINALES EN LOS PRINCIPIOS DE BELLO

En cada uno de los prólogos de las tres ediciones de los *Principios*, Bello consignó las fuentes que consultó para la elaboración de su obra.

En el prólogo a la primera edición de 1832, el autor señala que ha usado el Tratado de las leyes sobre el comercio y manufacturas de la Gran Bretaña de Joseph Chitty, los Comentarios de las leyes americanas del juez James Kent, el Código Diplomático de Elliot; las Ordenanzas Marítimas de la Francia, promulgadas por Luis XIV; el Manual Diplomático del barón Charles de Martens, y la doctrina de Emmerich de Vattel. También hace referencia a la utilización de otros autores, sin mencionarlos⁸.

En el prólogo a la segunda edición de 1844, manifiesta, sin identificarlos, que ha “podido consultar no pocos libros, de que antes conocíamos apenas los nombres”⁹.

En el prólogo a la tercera edición de 1864, señala entre las obras de las que principalmente se ha servido a los *Elementos* y a la *Historia de los Progresos del Derecho de Gentes* de Henry Wheaton, a quien reconoce que le “ha servido constantemente de maestro y de guía, no menos en ésta que en las anteriores ediciones”. También cita en esta última de las ediciones que hicieron durante su vida a *El Derecho Internacional Público de Europa* de A.G. Heffter, *las Investigaciones sobre el Derecho Internacional de*

Internacional” está en la nota al pie de la página 2. En lo adelante citado como: “*Principios*, 1864”. En el presente trabajo utilizamos la tercera edición de 1864 que ha sido textualmente reproducida en la compilación: Andrés Bello, *Obras Completas, Derecho Internacional I: Principios de Derecho Internacional y Escritos Complementarios*, volumen X, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, Venezuela, 1954. A esta versión corresponden las páginas que aquí son citadas, incluso las de los prólogos que Bello escribió para las dos primeras ediciones y que fueron incluidos en la tercera.

⁷ Cfr. el *Catálogo colectivo sobre bibliografía bellística*, publicado por la Universidad Católica Andrés Bello (Biblioteca), Caracas, 1974. El pensamiento de Bello en materia jurídica internacional, además de en *los Principios*, se encuentra en los artículos que escribió para *El Araucano*, en sus dictámenes para la Cancillería chilena, en su correspondencia y, por supuesto, a lo largo de sus obras y escritos acerca de las otras ramas del Derecho (sobre todo en las esferas civil, penal, procesal y laboral).

⁸ Cfr. Andrés Bello, *Obras Completas, Derecho Internacional I: Principios de Derecho Internacional y Escritos Complementarios*, volumen X, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1954, pp. 3-5.

⁹ *Ibidem*, p.6.

James Reddie, los *Elementos de Derecho Público Internacional de España* (especialmente su Apéndice) de Antonio Riquelme, los *Derechos y Obligaciones de los neutrales en tiempo de guerra marítima* de L.B. Hautefeuille, y los *Comentarios de Derecho Internacional* de Robert Phillimore, exclamando que se trata de una “obra magistral y de una copiosa erudición diplomática; entre los escritores de su nación, ninguno tal vez más notable por sus sentimientos de moderación y justicia”¹⁰.

Vattel (profusamente), Wheaton, Kent, Phillimore, Chitty, Elliot y el barón de Martens, son pues, en este mismo orden, las fuentes principales de las que se sirve Andrés Bello. Sin embargo, a pesar de no consignarlos en sus prólogos, utiliza y menciona, a lo largo de la obra, también a otros autores clásicos y contemporáneos a él, entre ellos a Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grocio, Cornelius Van Bynkershoek, Dominique-Albert Azuni, Merlin, Burlamaqui, Acton, Schmalz, Dodson y Edward¹¹.

3. LA PREFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INCLUSIÓN DE NORMAS HUMANITARIAS

Como es suficientemente sabido, la historia propiamente dicha del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es bastante reciente. Es posible afirmar que su formulación jurídica y su categorización se remontan al final de la Segunda Guerra Mundial. Esto no significa que antes de esta fecha no hubiese habido preocupación por el bienestar del ser humano y la lucha por sus derechos. Es evidente que los derechos humanos no surgieron de la nada y que un amplio conjunto de factores y circunstancias de diversa índole, que dieron forma a la historia misma de la humanidad, fueron paulatinamente preparando el sendero para su materialización.

La época en que a Bello le tocó vivir, representó precisamente uno de esos momentos clave en este desarrollo. En efecto le correspondió ser testigo de la fructificación de las ideas de los enciclopedistas y filósofos de la Ilustración en tres grandes acontecimientos históricos. A saber, la Independencia de los Estados Unidos de América, la Revolución Francesa y la Independencia de las colonias

¹⁰ *Ibidem*, pp. 8-9.

¹¹ Para una relación detallada y completa de las fuentes citadas, *cfr.* el importante trabajo que, a modo de prólogo, realizó Eduardo Plaza A. para las Obras Completas reseñadas en la nota anterior, especialmente en las pp. XCIV-CI.

hispanoamericanas (casi en su totalidad para constituirse en repúblicas)¹². No fue Bello ajeno a estos avatares, más bien fue uno de sus protagonistas, y a veces también una víctima de las calumnias que en esos tiempos turbulentos florecían¹³. Estuvo igualmente imbuido de las ideas de su tiempo y, al ser un gran humanista, las procesó de acuerdo con su enorme cultura jurídica y teológica.

A continuación, intentaremos hacer un recuento de la presencia, en los *Principios* de Bello, de esas figuras o instituciones que son consideradas actualmente como antecedentes de los derechos humanos y que han contribuido a su evolución o, inclusive yendo más allá, las que son reconocidas al presente como principios fundantes de los derechos humanos o como derechos humanos en sí mismas. Igualmente, y teniendo en cuenta la puntualización que se hizo al referirnos al tema objeto de este estudio, trataremos de identificar en los *Principios*, aquellos elementos relativos al Derecho Humanitario, bien sea antecedentes, principios o normas claramente establecidas.

4. EL DERECHO NATURAL Y LA NOCIÓN DE HUMANIDAD

La idea de “la humanidad” o “el género humano”, principal para la ontología de los derechos humanos y relevante para el Derecho Humanitario, no es, en absoluto, reciente. Se encuentra en el origen y fundamento mismo del Derecho Internacional Público y fue manejado por los doctrinarios tradicionalmente señalados como los “padres” de este ordenamiento. Ya el dominico español, fray Francisco de Vitoria, había preferido denominar a este derecho, *ius inter-gentes*, puntualizando que, por fundarse en el derecho natural, “abarca a toda la humanidad”¹⁴.

Por su parte, el llamado Doctor Eximius, el jesuita español Francisco Suárez, señalaba que

¹² Cfr. Lynn Hunt, *Inventing Human Rights. A History*, W.W. Norton & Company, Inc., Nueva York/Londres, 2007.

¹³ Cfr. Rafael Caldera, *Andrés Bello*, Biblioteca Rafael Caldera (volumen V), Cyngular, Caracas, 2015, pp. 43-79. Es preciso recordar el importante papel de Bello como integrante de la misión diplomática enviada por la Junta Suprema de Caracas a Londres en 1810 (cfr. Fermín Toro Jiménez, *Historia Diplomática de Venezuela 1810-1830*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008, pp. 98-100; y Cristóbal L. Mendoza, *Las primeras misiones diplomáticas de Venezuela*, volumen I, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1962, pp. 59-128).

¹⁴ Francisco de Vitoria, *De Indis* (que forma parte de sus *Relecciones teológicas*), I 3, I. (año 1532); citado por Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, sexta edición, segunda reimpresión, Aguilar, Madrid, 1980, p. 80. En el mismo sentido, para el texto completo de la relección *De Indis*, cfr. Teófilo Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones teológicas*, (edición crítica del texto latino), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960, pp. 491-858.

...el género humano, aunque dividido en varios pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad, no sólo específica, sino también cuasi-política y moral...por lo cual, aunque cada ciudad perfecta, república o reino, sea en sí comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstante, cualquiera de ellas es también miembro de algún modo de este universo en cuanto pertenece al género humano...pues así como en una ciudad o provincia la costumbre introdujo ley, así en el universo género humano pudieron los derechos ser introducidos por las costumbres de las gentes¹⁵.

Esta visión de la humanidad, tan vinculada al Derecho Natural, es la que utiliza también Bello para fundamentar el Derecho Internacional, cuando afirma que

El derecho internacional o de gentes, no es pues otra cosa, otra cosa que el natural, que, aplicado a las naciones, considera al género humano, esparcido sobre la faz de la tierra, como una gran sociedad de que cada cual de ellas es miembro y en las unas respecto de las otras tienen los mismos deberes primordiales que los individuos de la especie humana entre sí¹⁶.

Más adelante reconoce explícitamente a Francisco Suárez como “el primer escritor que en los tiempos modernos acertó a dar nociones puras y sólidas del derecho natural y de gentes”¹⁷. Así pues, Bello es un iusnaturalista de convicción y su manera de fundamentar el Derecho Internacional Público entronca con la denominada Escuela teológica española y coincide con la de los miembros destacados de la llamada Escuela del Derecho Natural y de Gentes de los siglos XVII y XVIII (Gentili, Zouche, Grocio, Pufendorf, Wolf y Vattel), inmediatamente anteriores a su propio discurrir existencial¹⁸. En este sentido, la relación de este pensamiento con los derechos humanos y el Derecho Humanitario es innegable. Según Jean Pictet,

¹⁵ Francisco Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, II, capítulo XIX, número 9, (año 1612); citado por Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, sexta edición, segunda reimpresión, Aguilar, Madrid, 1980, p. 81.

¹⁶ Andrés Bello, *Principios*, 1864, Nociones Preliminares, número 2. No desconocía Bello la importancia del “derecho de gentes positivo”, pero muy entrelazado con el natural (cfr. *Ibidem*, número 5).

¹⁷ Andrés Bello, *Principios*, 1864, Nociones Preliminares, número 7. Caldera acota que se trata de “una rectificación histórica en la que se anticipa a los internacionalistas modernos contra la creencia dogmática en la paternidad original de Grocio sobre el Derecho Internacional” [cfr. Rafael Caldera, *Andrés Bello*, Biblioteca Rafael Caldera (volumen V), Cyngular, Caracas, 2015, pp. 197].

¹⁸ Cfr., Charles Rousseau, *Derecho Internacional Público*, tercera edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, pp.2-3; y Alfred Verdross, sexta edición, segunda reimpresión, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 82-85.

...se considera cada vez más que una parte del derecho internacional, que se podría llamar el derecho humano, que abarca, a la vez, el derecho de los conflictos armados y los derechos humanos, tiene por finalidad avalar un mínimo de garantías y de humanidad a todos los hombres, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

De esta consideración, Pictet colige, como uno de los “principios fundamentales” del Derecho Internacional Humanitario, al que denomina como “Principio del Derecho Humano” y que formula así: *Las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana*¹⁹. En seguida señala que de este principio procede otro llamado “Principio del Derecho Humanitario (o derecho de los conflictos armados)” que consiste en que *las Partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo*²⁰.

La dignidad de esa persona humana a la que Pictet se refiere es aquello que hace que el hombre sea el valor supremo en la convivencia social. Debido a que el hombre es el valor supremo, los derechos humanos constituyen el fundamento de toda comunidad humana²¹.

Podría afirmarse que la Comunidad Internacional, pues, caracterizada por el pluralismo y la atomización estatal, requiere una síntesis en la persona como destinataria de los derechos humanos²².

Como corolario de este apartado es necesario recordar que el desarrollo del derecho natural es a la vez un antecedente de los derechos humanos y uno de los modelos que les sirven de fundamentación teórica.

5. LAS FIGURAS ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA OBRA DE BELLO

¹⁹ Cfr. Jean Pictet, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, primera edición, segunda reimpresión, Instituto Henry Dunant/Comité Internacional de la Cruz Roja/Tercer Mundo Editores, Santafé de Bogotá, 1998, p. 73.

²⁰ *Ibidem*, p. 74.

²¹ Cfr. Humberto Quiroga Lavié, *Los Derechos Humanos y su defensa ante la justicia*, Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, 1995, p. 47.

²² Cfr. Juan Antonio Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, segunda edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 74.

Además del Derecho Natural y del desarrollo mismo del Derecho Humanitario, que, como se ha señalado, constituyen antecedentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hay otros que también pueden encontrarse examinados en los *Principios* de Bello. Entre ellos destacan la doctrina de la intervención humanitaria y su vinculación a las minorías, el proceso de la abolición de la esclavitud y el llamado estándar mínimo internacional para el tratamiento de extranjeros.

a. La intervención humanitaria y las minorías religiosas

La doctrina de la intervención humanitaria está vinculada, desde los comienzos del Derecho Internacional, al principio de libre comunicación entre los pueblos, del que hablaba Francisco de Vitoria y que posteriormente Hugo Grocio centró en el derecho de libre comercio. De *este ius communicationis* partirían los argumentos para justificar un posible derecho de intervención en aquellos tiempos y como una subespecie de éste, un supuesto derecho de intervención de humanidad o intervención humanitaria. Los argumentos de Vitoria, aplicables entonces a la conquista de América, que justificaban la intervención por razones de humanidad, eran la comunidad de todos los pueblos (*totius orbis*), y el derecho que le es propio, todo en el contexto de la llamada disputa de los “justos títulos”. La intervención que representaba la conquista europea se hacía en favor de los indígenas conversos al cristianismo e incapaces, y a quienes sus coterráneos les impedían practicar su fe y los sometían, mediante regímenes tiránicos y bárbaros, a leyes y costumbres inhumanas, tales como las que ordenaron “el sacrificio de hombres inocentes o la matanza de hombres libres de culpa con el fin de devorarlos”. Se trataba pues de un verdadero “deber de ayuda” en virtud de esa comunidad universal (*totius orbis*) que tenía como primer objetivo la garantía del *ius communicationis*. Estas razones de humanidad constituyen para Vitoria la única excepción al derecho natural de los pueblos para conformar sociedades políticas independientes²³. Por su parte, Grocio, aceptado comúnmente como el iniciador del reconocimiento del principio de no intervención en relación con la soberanía estatal, es también quien, al registrar como excepciones a este principio los supuestos de la “guerra justa”, incluye entre ellos las intervenciones para castigar a las naciones que se hagan culpables de faltas enormes contra la ley natural y otras causas, que pueden resumirse en la opresión manifiesta de los tiranos. La

²³ Cfr. Consuelo Ramón Chornet, *¿Violencia necesaria?: la intervención humanitaria en Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 30, 33-37.

comunidad humana estaría asistida de un derecho a actuar contra ellos y, a la vez, tendría un deber de ayuda para con sus víctimas²⁴.

La intervención humanitaria sería pues “el derecho de uno o más Estados de adoptar medidas, incluyendo el uso de la fuerza militar, para detener violaciones manifiestas de derechos fundamentales de los individuos por parte del Estado de su nacionalidad”²⁵. Su valor como antecedente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos radica en que representó un primer intento por reconocer que existen limitaciones oponibles a los Estados respecto del trato que observen con sus nacionales o habitantes. Sin embargo, desde sus inicios, y hasta hoy día, ha sido severamente criticada porque desconoce el principio de la igualdad soberana de todos los Estados y por no ser aplicada consistentemente, sino de manera insincera por los Estados poderosos en contra de los débiles y siempre encubriendo propósitos de dominación política, económica o militar²⁶. En la actualidad, se ha abierto camino entre los doctrinarios el concepto de “Responsabilidad de proteger”, que, aunque distinto al de intervención humanitaria, de alguna manera puede encontrar en este último, sus antecedentes remotos²⁷.

Desde su nacimiento como países independientes, los Estados latinoamericanos rechazaron firmemente la doctrina de la intervención humanitaria, basándose en el principio de la no intervención. Frente a la amenaza inminente que la Santa Alianza significaba para las nuevas repúblicas, estas encontraron en Andrés Bello el más vehemente apoyo intelectual²⁸. Se ha sostenido que “el maestro aporta su pensamiento claro y preciso enfrentándose a las ideas internacionalistas de su época y sustentando la

²⁴ *Ibidem*, pp. 37-39.

²⁵ *Cfr.*, Thomas Buerghental, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, p. 10.

²⁶ *Ibidem*. Uno de los más firmes detractores contemporáneos de la intervención humanitaria fue el profesor Ian Brownlie, *cfr.* Ian Brownlie, “*Humanitarian Intervention*”, en John Norton Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, The Lawbook Exchange Ltd., Clark, Nueva Jersey, 2009 (la versión original del artículo es de 1974).

²⁷ *Cfr.* Dorota Gierycz, “From Humanitarian Intervention (HI) to Responsibility to Protect (R2P)”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 29, n° 2, agosto 2010, pp. 110-128; y Gareth Evans, “The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes One and For All”, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2009.

²⁸ *Cfr.* Manfred Kossok, *Historia de la Santa Alianza y la emancipación de América Latina*, Ediciones Símba, Buenos Aires, 1968.

fundamentación del principio fundamental de no intervención”²⁹. Éste es formulado por Bello con una prístina y contundente simpleza al señalar que

De la independencia y soberanía de las naciones se sigue que a ninguna de ellas es permitido dictar a otra la forma de gobierno, la religión, o la administración que ésta deba adoptar; ni llamarla a cuentas por lo que pasa entre los ciudadanos de ésta, o entre el gobierno y los súbditos³⁰.

Si bien, parece obvio que Bello no ve con benevolencia las excepciones a este principio, su sapiencia y cultura jurídica le hacen argumentar sobre las realidades existentes en la sociedad internacional que tiene a la vista, y con amplitud mental, analiza las posibilidades en torno a tales casos excepcionales. Los que se relacionan con razones humanitarias, son desgranados por Bello así:

Ha solidado también alegarse, como causa legítima de intervención, la necesidad de atajar la efusión de sangre, ocasionada por una prolongada y desoladora guerra civil en el seno de otro estado. Esta intervención, apoyada en los intereses generales de la humanidad, ha ocurrido frecuentemente en nuestros tiempos, pero nunca tal vez sin otros motivos de mayor peso; como, por ejemplo, el peligro que resultase a los otros estados de la continuación de semejante desorden, o el derecho de acceder a la solicitud de una de las partes contendientes.

La necesidad de poner coto al derramamiento de sangre fue una de las principales razones alegadas para intervenir en los negocios de Turquía y de sus súbditos griegos en 1827; pero no fue la única, aunque quizá, si lo hubiera sido, la larga duración de la guerra y las atrocidades cometidas en ella, hubieran bastado para justificar la ingerencia [sic] de las naciones cristianas, si tales razones pudiesen alguna vez hacerlo³¹.

Si bien la condena de Bello a este tipo de intervención es clara, resulta interesante la mención que hace de “los intereses generales de la humanidad”, como una de las razones que en su época se empleaban para justificarla.

²⁹ *Cfr.* Isidro Morales Paúl, “La contribución de don Andrés Bello a la formulación de los principios del Derecho Internacional de América”, en Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, Congreso Internacional (Roma 10/12 diciembre 1981), La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 111-113. *Cfr.* Igualmente, Carta de la Organización de los Estados Americanos, arts. 3e y 19.

³⁰ *Cfr.* Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Primera, Capítulo primero, número 7, p. 39.

³¹ *Ibidem*, pp. 42-43.

Más adelante, siguiendo a Phillimore y al barón de Martens, discurre sobre la legitimidad de las supuestas intervenciones humanitarias relacionadas con motivos religiosos y explica que

Algunos escritores sostienen que, en el caso de una persecución que se extendiese a grandes masas, por causa de la creencia religiosa de éstas, pudiera tolerarse una intervención armada para atajar la efusión de sangre y poner término a prolongadas hostilidades internas.

Pero debe tenerse presente la observación de Martens: “Todas las guerras a que la religión ha servido de motivo o de pretexto, han manifestado: primero, que la religión no ha sido jamás el único motivo de la guerra; segundo, que, cuando los estímulos políticos han estado de acuerdo con los intereses religiosos, las potencias han sostenido efectivamente la causa de su religión; tercero, pero que siempre el celo religioso ha cedido al interés político; cuarto, y que más de una vez se las ha visto lanzarse, por miras ambiciosas a una conducta directamente opuesta a los intereses de su religión.

La doctrina que hemos expuesto no varía cuando el objeto de la intervención es proteger a los súbditos cristianos de un estado musulmán o infiel; pero hay en este caso un campo más vasto para la aplicación del principio excepcional de ingerencia [sic]³².

De esta manera, Bello rechaza, tanto las supuestas intervenciones humanitarias fundamentadas en detener la “efusión de sangre”, en el curso de conflictos internos o incluso guerras de liberación (el caso griego), como aquellas que se basan en la protección a las minorías religiosas, masivamente perseguidas, inclusive las cristianas en Estados musulmanes o infieles, dando en este último aspecto, prueba de su integridad civilista y de su mentalidad independiente, aún frente a su propio y profundo catolicismo.

2. *La abolición de la esclavitud*

La lucha por la abolición de la esclavitud constituye una significativa contribución a la formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente en cuanto implica el reconocimiento de la libertad personal, la prohibición de los trabajos forzados y, sobre todo, la idea de que los seres

³² *Ibidem*, pp. 44-45. Cfr. Igualmente los editoriales de Bello sobre la figura de la intervención publicados en *El Araucano* en diciembre de 1846, y en enero y febrero de 1847, en los que critica la posición de apoyo a la intervención de las potencias europeas, asumida por el periódico *El Mercurio* respecto del expresidente Flores en Ecuador (Andrés Bello, *Obras Completas, Derecho Internacional I: Principios de Derecho Internacional y Escritos Complementarios*, volumen X, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, Venezuela, 1954, pp. 509-526).

humanos no pueden ser objeto de discriminaciones odiosas y sin fundamento válido que puedan resultar en una afectación de sus derechos.

Le corresponde a Chile el honor de haber sido el primer país hispanoamericano en abolir la esclavitud definitivamente, en su *Constitución Política del Estado*, en el año 1823³³. Es decir, en una fecha anterior al establecimiento de Bello como residente. En la época en que éste escribe la última edición de los *Principios* (1864) ya la situación había cambiado notablemente y la mayoría de los Estados hispanoamericanos habían abolido la penosa institución³⁴. Sin embargo, a nivel global faltaría mucho por transitar desde el primer instrumento en esa dirección que Bello conoció y que surgió del Congreso de Viena con el nombre de *Declaración de las potencias sobre la abolición de la trata de negros*, de 8 de febrero de 1815³⁵.

Al hablar del imperio sobre los habitantes, incluso los extranjeros, Bello en sus *Principios* refiere como

...ejemplo de las obligaciones creadas por la ley del territorio de origen y que no pueden jamás cancelarse, la prohibición de comprar o servirse de esclavos en cualquier parte del mundo, impuesta por la Gran Bretaña a todo súbdito británico³⁶.

Más adelante, al referirse a la jurisdicción del Estado en relación con el derecho de visitar y registrar los buques extranjeros en alta mar y a la piratería, siguiendo en parte a Wheaton, señala que

El comercio de esclavos, que antes era considerado como legítimo, está hoy prohibido por casi todas las naciones cristianas, y aún declarado en algunas de ellas piratería. Pero esta piratería no es la del derecho

³³ Cfr. Constitución Política del Estado de Chile, promulgada el 29 de diciembre de 1823, art. 8, en el sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

³⁴ Centroamérica en 1824, México en 1829, Uruguay en 1842, Bolivia, Colombia y Ecuador en 1851, Venezuela y Perú en 1854, Paraguay en 1869. Fuera del ámbito hispanoamericano, Brasil lo hizo en 1888 y los Estados Unidos en 1865.

³⁵ Anexo XV (Declaración del 8 de febrero de 1815) al Acta del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815, en: Frederic Schoell, *Acte du Congrès de Vienne du 9 juin 1815, avec les pièces qui y sont annexées*, Librairie Grecque-Latine-Allemande, París, 1815, pp. 366-369. Sobre la historia de la esclavitud y la trata, cfr. Milton Meltzer, *Slavery. A world history*, edición actualizada, Da Capo Press, Nueva York, 1993; Herbert S. Klein y Ben Vinson III, *Historia mínima de la esclavitud en América Latina y en el Caribe*, Colegio de México, México, México, 2013; Francisco de Solano (coordinador), *Estudios sobre la abolición de la esclavitud* (Anexos de Revista de Indias), Consejo Superior de investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Departamento de Historia de América, Madrid, 1986.

³⁶ Cfr. Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Primera, Capítulo cuarto, número 5, p. 93.

de gentes; es creada por las leyes civiles; y no nos confiere, sino por medio de pactos, la facultad de visitar y registrar un buque extranjero en alta mar y en tiempo de paz, ni la de aprender y juzgar a los traficantes de esclavos.

Como varias potencias han rehusado conceder a otras esta facultad de visita y registro, se abusa a menudo de su bandera para cubrir el comercio de esclavos; y la Gran Bretaña, empeñada, con tanto honor suyo, en abolir este infame tráfico, ha reclamado y sostenido el derecho de visitar en todo tiempo cualesquiera embarcaciones sospechosas con el solo objeto de reconocer si es genuina la bandera que llevan, dejándoles ir en libertad con su carga, aunque sea de esclavos, si las embarcaciones pertenecen a estados que no han concedido a la Gran Bretaña la facultad de registro y jurisdicción. Es preciso confesar que, sin ese derecho de visita, los otros vendrían a ser en gran parte ilusorios.

Las naciones cristianas que han adherido a la Gran Bretaña en la prohibición del tráfico de esclavos, observan generalmente la regla de declarar libre toda persona que pise su territorio, no obstante, las reclamaciones del dueño, y sin concederle indemnización alguna³⁷.

Hay además una nota de Bello en este párrafo en la que indica, siguiendo a Phillimore, que Esta jurisdicción, según los tratados que la Gran Bretaña ha celebrado con varias potencias para la abolición del comercio de esclavos se ejerce por tribunales mixtos en que concurren la potencia apresadora y la potencia a que pertenece la nave. Otros gobiernos han atribuido esta jurisdicción a sus juzgados nacionales. Los estados Unidos y la Francia, con algunos otros estados, no conceden el derecho de visita y registro, pero se obligan a mantener escuadras en la costa de África para impedir el tráfico³⁸.

Al discurrir sobre la materia de esa jurisdicción del Estado, es muy tajante al sostener que Finalmente, ninguna nación está obligada a reconocer una especie de derecho, que sus leyes han condenado o proscrito como contrario a la ley divina positiva, a la justicia natural o a las buenas costumbres. Así el dueño de un esclavo no puede reclamar los derechos de tal en países cuya legislación

³⁷ *Cfr.* Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Primera, Capítulo cuarto, número 7, pp. 100-101.

³⁸ *Ibidem*, nota al pie 2, p. 101.

ha abolido la esclavitud y declarado libre a todo hombre que pise su suelo, como sucede en Inglaterra, Francia, Prusia y Chile³⁹.

Bello estaba muy consciente de que la esclavitud aún perviviría por algún tiempo, sin embargo, su rechazo a esta institución y a la trata que la acompaña siempre es inequívoco.

Sus tajantes palabras no dejan duda alguna: “infame tráfico”, “especie de derecho”, “contrario a la ley divina positiva, a la justicia natural y a las buenas costumbres”.

3. La doctrina del estándar mínimo internacional para el tratamiento de extranjeros

A mediados del siglo XIX toma forma en los Estados Unidos (sobre todo a nivel jurisprudencial) y en Europa, la doctrina del estándar mínimo internacional para el tratamiento de extranjeros. A pesar de que las nuevas repúblicas eran vistas con complacencia, la actitud que estos Estados pudieran adoptar respecto de los derechos que pudieran disfrutar los ciudadanos extranjeros creaba ciertos temores e incertidumbres. La institución de la responsabilidad del Estado por perjuicios a extranjeros no era nada novedoso para entonces. En efecto, “en un momento temprano de su historia, el derecho internacional tradicional reconoció que los Estados tenían la obligación de tratar a los ciudadanos extranjeros de acuerdo con ciertas normas mínimas de civilización o justicia. Se suponía que esta obligación le correspondía al Estado cuya nacionalidad poseía el individuo, pues los seres humanos como tales no estaban protegidos legalmente por el derecho internacional”⁴⁰. Cualquier atropello a los derechos de los extranjeros equivalía a una afrenta al Estado del cual eran nacionales, que generaba la responsabilidad internacional del Estado infractor. Los consecuentes litigios se resolvían generalmente por negociaciones diplomáticas o, en otros casos, mediante arbitraje o adjudicación. Si bien, la doctrina de estándar mínimo, que es una exagerada distorsión de la responsabilidad del Estado por daños a extranjeros, nunca determinó con total claridad cuáles eran esos derechos y normas mínimas de civilización y justicia que debían garantizarse a los extranjeros, hubo dos áreas en las que se esbozaron ciertas ideas al respecto. A saber, una de ellas fue la protección de la propiedad privada y la expropiación de bienes de extranjeros. En este ámbito se sostenía que la expropiación no podía ser discriminatoria y que debía ir acompañada de una compensación a ser pagada de manera pronta, adecuada y efectiva. La otra área, fue

³⁹ *Ibidem*, número 8, pp. 106-107.

⁴⁰ *Cfr.* Thomas Buergenthal, *Derechos Humanos Internacionales*, segunda edición, Gernika; México, D.F., 2002, p. 40.

la de la denegación de justicia a los extranjeros. Este concepto tendría aplicación, sobre todo, en el campo penal y en la determinación de los derechos de que gozaría un extranjero acusado de un delito⁴¹.

Bello conoció esta doctrina y la rechazó desde el principio. Sin embargo, respetó siempre la institución de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, dándole la interpretación que consideraba racional y acorde con los principios de soberanía e independencia de las nuevas naciones. Con mucho acierto y visión futurística, pues menciona incluso a la regla del agotamiento de los recursos internos, tan importante hoy en día en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴², al decir que

El extranjero a su entrada contrae tácitamente la obligación de sujetarse a las leyes y a la jurisdicción local, y el estado le ofrece de la misma manera la protección de la autoridad pública, depositada en los tribunales. Si éstos contra derecho rehusasen oír sus quejas, o le hiciesen una injusticia manifiesta, puede entonces interponer la autoridad de su propio soberano, para que solicite se le oiga en juicio, o se le indemnicen los perjuicios causados.

No hay denegación de justicia si no se ha solicitado la reparación por todos los medios regulares que ofrece el régimen judicial de la nación en que se ha perpetrado la ofensa⁴³.

Posteriormente, reitera su aprecio por las rectas normas de la responsabilidad estatal al explicar que Los actos jurisdiccionales de una nación sobre los extranjeros que en ella residen, deben ser respetados de las otras naciones, porque, al poner pie en el territorio de un estado extranjero, contraemos, según se ha dicho, la obligación de someternos a sus leyes, y por consiguiente, a las reglas que tiene establecidas para la administración de justicia. Pero el estado contrae también por su parte la obligación de observarlas respecto del extranjero, y en el caso de una palpable infracción, el daño que se infiere a éste,

⁴¹ Para la responsabilidad del Estado por daños a extranjeros y en estándar mínimo internacional para el tratamiento de extranjeros, *cfr.* Henry J. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context*, segunda edición, Oxford University Press, 2000, pp. 81-90.

⁴² Sobre la regla del agotamiento de los recursos internos, *cfr.* Héctor Faúndez Ledesma. *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, tercera edición revisada y puesta al día, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 293-345.

⁴³ *Cfr.* Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Primera, Capítulo quinto, número 7, pp. 122. Asimismo, *cfr.* Isidro Morales Paúl, “La contribución de don Andrés Bello a la formulación de los principios del Derecho Internacional de América”, en Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, Congreso Internacional (Roma 10/12 diciembre 1981), *La Casa de Bello*, Caracas, 1987, p. 113.

es una injuria contra las naciones a que pertenecen los agraviados. Si el estado instiga, aprueba o tolera los actos de injusticia o violencia de sus súbditos contra los extranjeros, los hace verdaderamente suyos, y se constituye responsable de ellos para con las otras naciones⁴⁴.

Frente a la doctrina del estándar mínimo, los países latinoamericanos hicieron valer, mediante la elaboración de sus juristas, una doctrina del estándar mínimo nacional, según la cual, los extranjeros podían aspirar a los mismos derechos que los nacionales, pero, en ningún caso, pretender que se les reconocieran más derechos que a estos. Bello se inscribe en esta corriente soberanista y muestra de ello es el siguiente párrafo donde recomienda que

La sana política aconseja igualar a los extranjeros con los naturales en lo que respecta a la adquisición de los títulos de propiedad, y al uso y disposición de los bienes que posean dentro del territorio del estado. Los bienes raíces son los únicos que pueden razonablemente exceptuarse de esta regla⁴⁵.

Actualmente, la polémica sobre la existencia de un estándar mínimo internacional ha decaído por el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, cuando el derecho internacional moderno reconoció que los individuos, no importa cuál sea su nacionalidad, deben gozar de ciertos derechos básicos, los principios esenciales de la ley [el Derecho] de responsabilidad del Estado aportaron una reserva de normas de las cuales era posible servirse para codificar las leyes internacionales sobre derechos humanos⁴⁶. Igualmente, la responsabilidad del Estado por perjuicios a extranjeros sigue siendo importante para el Derecho Internacional. Mediante el ejercicio de la “protección diplomática” los Estados ‘Siguen respaldando las denuncias de sus ciudadanos, sean personas físicas o corporaciones’⁴⁷.

La doctrina del estándar mínimo nacional para el tratamiento de extranjeros, aunque, sin duda fue una concepción desviada de la responsabilidad estatal, ya que solamente protegía a una categoría de personas: los extranjeros, representa un antecedente valioso de los Derechos Humanos, pues contribuyó a afianzar la idea de que el ser humano es titular de ciertos derechos mínimos en su relación con los Estados y sus órganos.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 124-125.

⁴⁵ *Ibidem*, número 8, p. 126.

⁴⁶ *Cfr.* Thomas Buergenthal, *Derechos Humanos Internacionales*, segunda edición, Gernika; México, D.F., 2002, p. 41.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 42.

4. *El asilo como derecho individual*

Si bien el primer tratado multilateral entre países latinoamericanos que se referiría a la materia no se concluiría sino hasta 1889⁴⁸, la institución del asilo fue bien conocida durante la vida de Bello y fue bastante manida durante las primeras décadas de existencia de las nuevas repúblicas de Hispanoamérica. Sin embargo, el asilo como derecho humano apenas consiguió su consagración positiva en 1948; primero, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia internacional Americana en Bogotá (30 de marzo al 2 de mayo)⁴⁹; y casi enseguida, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de ese mismo año⁵⁰.

El asilo tiene entre sus rasgos fundamentales el carácter civil y humanitario y consta de dos facetas. A saber, por una parte, el otorgarlo puede ser tenido como un derecho del Estado en el ejercicio de su soberanía; y, por la otra, el buscarlo, recibirlo y disfrutarlo constituyen los elementos del derecho humano individual de asilo, que ha venido desarrollándose cada vez más en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵¹.

Al referirse a los ciudadanos y los extranjeros, Bello discurre sobre refugio, asilo y extradición. Resaltan de la redacción algunos aspectos. Así, siguiendo a Vattel dice que

El derecho de un desterrado a la acogida de la nación en que se refugia, es imperfecto. Ésta, a la verdad, debe tener muy buenas razones para rehusarla... a la nación es a quien corresponde hacer juicio de los deberes que la impone la humanidad en tales casos; y si se engaña, o si obra contra su conciencia, no es responsable a los hombres⁵².

Un poco antes, refiriéndose a los modos de perder la ciudadanía, señalaba que

⁴⁸ *Cfr.* Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

⁴⁹ “Derecho de asilo: Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los tratados internacionales” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVII).

⁵⁰ “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14).

⁵¹ *Cfr.* Adalberto Urbina Briceño, *Derecho Internacional de los Refugiados: aspectos conceptuales universales y regionales*, Universidad Católica Andrés Bello/Universidad Central de Venezuela/Servicio Jesuita a Refugiados, Caracas, 2012, pp. 145-157.

⁵² *Cfr.* Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Primera, Capítulo quinto, número 4, p. 117.

Aun en el supuesto de que los otros estados debiesen mirar la emigración como un delito, no podrían negar al extranjero refugiado en su seno el asilo que por humanidad y por costumbre se concede a los delincuentes que no han cometido crímenes atroces⁵³.

Luego, aludiendo expresamente al “derecho de asilo”, lo define así,

Asilo es la acogida o refugio que se concede a los reos, acompañada de la denegación de sus personas si la justicia los persigue⁵⁴.

Continúa Bello discurriendo sobre diversos aspectos del asilo, de entre los que destaca que

Aquellos jefes de bandidos, que, apellidando la causa de la libertad o del trono, la deshonoran con toda especie de crímenes y no respetan las leyes de la humanidad ni de la guerra, no tienen derecho al asilo.

Es costumbre conceder asilo a todos los delitos que no estén acompañados de circunstancias muy graves pero las naciones pueden limitar por tratados el derecho de asilo, estipulando en qué casos y con qué requisitos deba efectuarse la extradición⁵⁵.

En una época en la que el asilo era conceptuado casi exclusivamente como una prerrogativa discrecional del Estado, el gran mérito de Bello fue el haber divisado también su carácter de derecho subjetivo individual (futuro derecho humano), aunque reconociendo que aún era “imperfecto”, y las obligaciones que tal naturaleza entrañaban para los Estados⁵⁶.

5. *El derecho a la autodeterminación de los pueblos*

⁵³ *Ibidem*, número 2, p. 115. En la primera edición de los Principios de 1832, Bello utiliza las palabras “crímenes enormemente atroces”. A partir de la segunda edición de 1844 suprime la palabra “enormemente”.

⁵⁴ *Ibidem*, número 5, p. 118.

⁵⁵ *Ibidem*, p.119. En la primera edición de los *Principios* de 1832, usa la expresión “delitos que no estén acompañados de circunstancias atroces”; a partir de la segunda edición de 1844, la sustituye por “delitos que no estén acompañados de circunstancias muy graves”.

⁵⁶ Sobre Bello y el asilo, también *cf.* Su editorial en *El Araucano*, número 80, de 24 de marzo de 1832 (Andrés Bello, *Obras Completas, Derecho Internacional I: Principios de Derecho Internacional y Escritos Complementarios*, volumen X, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, Venezuela, 1954, pp. 573-579). Igualmente, su comentario en los editoriales sobre el Congreso Americano que escribió para *El Araucano*, números 742 y 743 de los días 8 y 15 de noviembre de 1844 (Andrés Bello, *Obras Completas, Derecho Internacional I: Principios de Derecho Internacional y Escritos Complementarios*, volumen X, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, Venezuela, 1954, pp. 640-656, especialmente la p. 650).

La autodeterminación o libre determinación de los pueblos es actualmente un principio básico de los derechos humanos que informa la filosofía que les da fundamento. La posibilidad de cada pueblo de decidir libremente su destino es una condición necesaria para la existencia misma de los derechos humanos y para su realización efectiva. Así pues,

El derecho de los pueblos a la libre determinación es un derecho fundamental sin el cual no es posible disfrutar plenamente de los demás derechos. No sólo constituye un principio, sino el derecho subjetivo más importante de los derechos humanos. Este derecho es asimismo un derecho colectivo que pertenece a todas las naciones y a todos los pueblos. Los pueblos y las naciones, y con más razón los individuos que las integran, no pueden ser libres si no disfrutan de este derecho, condición indispensable para el ejercicio de todos los derechos y todas las libertades individuales⁵⁷.

En 1945, fue enunciado como principio en la Carta de las Naciones Unidas, organización que tiene entre sus propósitos “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos...”⁵⁸. Desde mucho antes de la adopción de esta Carta, ya formaba parte de las bases del Derecho Internacional Público y constituía una consecuencia necesaria de la soberanía del Estado⁵⁹. A pesar de que no fue incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, al redactarse los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en 1966, se estimó que, por su importancia, debía ser incorporado al comienzo de ambos instrumentos con el carácter de derecho colectivo. Sin duda, esta incorporación al catálogo de los derechos humanos, en lugar tan prominente, fue el resultado de la influencia de los acontecimientos políticos relativos al proceso de descolonización en el mundo para ese momento histórico. Su consagración jurídica en los Pactos se hizo en estos términos:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional

⁵⁷ Cfr. Aurelio Critescu, *El derecho a la libre determinación*, ONU, 1981, p. 38.

⁵⁸ Cfr. Carta de las Naciones Unidas, art. 1.2.

⁵⁹ Sobre la historia de la libre determinación de los pueblos, cfr. Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples. A legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pp. 11-33.

basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas⁶⁰.

En el estado actual del Derecho Internacional Público, el derecho a la libre determinación de los pueblos constituye una norma de *Ius Cogens*, es decir, aquella norma imperativa de derecho internacional general “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”⁶¹.

Al tratar de “la personalidad de las naciones”, Bello sostiene que

La cualidad especial que hace a la nación un verdadero cuerpo político, una persona que se entiende directamente con otras de la misma especie bajo la autoridad del derecho de gentes, es la facultad de gobernarse a sí misma, que la constituye independiente y soberana...⁶²

Al referirse a los “derechos que se derivan de la independencia y soberanía de las naciones”, Bello manifiesta que

De la independencia y soberanía de las naciones se sigue que a ninguna de ellas es permitido dictar a otra la forma de gobierno, la religión, o la administración que ésta deba adoptar; ni llamarla a cuentas por lo que pasa entre los ciudadanos de ésta, o entre el gobierno y los súbditos⁶³.

[...]

⁶⁰ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.1, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1.

⁶¹ Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 71er periodo de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019), Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10), texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura, Conclusión 2 y Anexo. Igualmente, cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 53.

⁶² Cfr. Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Primera, Capítulo primero, número 5, p. 35.

⁶³ *Ibidem*, número 7, p. 39.

Si una nación pone trabas al poder del monarca, si le depone, si le trata como delincuente, expeliéndole de su territorio, o condenándole tal vez al último suplicio; si excluye de la sucesión un individuo, una rama, o toda la familia reinante; las potencias extranjeras no tienen para qué mezclarse en ello y deben mirar estos actos como los de una autoridad independiente que juzga y obra en materias de su competencia privativa... después de todo, si yerra, a nadie sino a Dios, es responsable de sus operaciones,, en tanto que no infringe los derechos perfectos de otros estados, como no los infringe en esta materia, pues no es de suponer que, conservando su independencia y soberanía, haya renunciado la facultad de constituirse y arreglar sus negocios domésticos del modo que mejor le parezca⁶⁴.

Es posible afirmar pues, que Bello sostuvo “la concepción de la autodeterminación como un derecho”, en una época donde imperaba “el criterio de que se trataba de un postulado político o moral más que un principio jurídico”⁶⁵. Además, en una época en la que los conceptos sociológicos de pueblo y nación se confundían, “Bello enfatiza que este derecho corresponde a la nación como concepto genérico y no a fracción o porción de las mismas, lo que refleja en términos generales la situación actual del Derecho Internacional”⁶⁶.

6. EL DESARROLLO DEL DERECHO HUMANITARIO EN BELLO

Es un lugar común sostener que la historia del Derecho Internacional Humanitario comienza en 1859 con Henry Dunant los acontecimientos que rodearon a la Batalla de Solferino. Si bien esta fecha puede marcar el nacimiento de la formulación contemporánea de este ordenamiento, afirmar que anteriormente no existía, no es correcto.

La preocupación por regular el fenómeno de la guerra y sus consecuencias es tan antigua que puede remontarse hasta la prehistoria. Podemos encontrar sus orígenes normativos más estructurados en los mismos “padres” del Derecho Internacional Público, para quienes este problema humano tuvo una importancia fundamental a la hora de comenzar a darle forma a un ordenamiento jurídico para la sociedad internacional de Estados. Baste señalar a Francisco de Vitoria y sus disquisiciones sobre la

⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁵ *Cfr.* Isidro Morales Paúl, “La contribución de don Andrés Bello a la formulación de los principios del Derecho Internacional de América”, en Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, Congreso Internacional (Roma 10/12 diciembre 1981), La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 110.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 111.

guerra justa en su *Relectio de Indis*, y a Hugo Grocio, que consideró tan crucial este asunto, que decidió incluirlo en el nombre de su gran obra, *De iure belli ac pacis*⁶⁷.

El llamado “Derecho de la Guerra” tiene pues una génesis temprana en la historia del Derecho Internacional, incluso puede afirmarse que nace con éste. Lo que conocemos al presente con la denominación de Derecho Internacional Humanitario propiamente dicho, es más reciente. No obstante, ya para la época de Bello, se había consolidado una elaboración doctrinal y jurídica bastante coherente, fundada, sobre todo, en las normas consuetudinarias, que, a partir de 1864 y hasta nuestros días, serían progresivamente codificadas⁶⁸.

La definición vigente expone que “la expresión Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados designa las normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, que están específicamente destinadas a regular los problemas humanitarios directamente derivados de los conflictos armados, internacionales o no, y que restringen por razones humanitarias el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de su elección o que protegen a las personas y bienes afectados, o que pueden resultar afectados por el conflicto. Se abrevia mediante la expresión DIH o Derecho Humanitario”⁶⁹. De esta manera, “el DIH abarca las disposiciones del derecho internacional

⁶⁷ Sobre la “evolución del pensamiento humanitario y de la práctica de los Estados en el transcurso de las edades”, desde la Antigüedad hasta la fundación de la Cruz Roja, *cf.* Jean Pictet, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, primera edición, segunda reimpresión, Instituto Henry Dunant/Comité Internacional de la Cruz Roja/Tercer Mundo Editores, Santafé de Bogotá, 1998, pp. 13-36.

⁶⁸ En cuanto a las normas consuetudinarias, *cf.* Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional consuetudinario, Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja/Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, primera edición, Buenos Aires, 2007. De entre las primeras normas, antecedentes del Derecho Humanitario, que Bello tuvo la oportunidad de conocer, sobresale el Tratado de Regularización de la Guerra, concluido entre España y Colombia en Trujillo, el 23 de noviembre de 1820, en cuya redacción el general Antonio José de Sucre tuvo una importante participación, como plenipotenciario de Colombia, junto al coronel Pedro Briceño Méndez y al teniente coronel José Gabriel Pérez [*cf.* Luis Ociel Castaño Zuluaga, “Antecedentes del Derecho Humanitario Bélico en el contexto de la Independencia Hispanoamericana (1808-1826)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Sección Historia del Derecho Internacional Público), XXXIV, Valparaíso, Chile, 2012, pp. 323-368; y Alfonso Rumazo González, *Sucre: Gran Mariscal de Ayacucho*, 7ª edición, Editorial Mediterránea, Madrid, 1983, pp. 54-58. Otro instrumento (de Derecho Interno de los Estados Unidos de América) del que pudo tener noticias fue el llamado “Código de Lieber” (*Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, preparado por Francis Lieber, LL.D., y revisado por una Junta de Oficiales; primera edición, Nueva York, D. Van Nostrand, 1863).

⁶⁹ *Cf.* Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario sobre los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977, CICR, Ginebra, 1987: xxvii. Disponible en inglés en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/IntRO/470> (Fecha de revisión: 26/07/2023).

que establecen normas mínimas de humanidad que deben respetarse en toda situación de conflicto armado”⁷⁰.

El Derecho Internacional Humanitario es más antiguo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las normas de ambos tienen muchas veces el mismo objeto jurídico de protección: la persona humana. En el caso del Derecho Humanitario, es la persona víctima de los conflictos armados, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es todo ser humano en todo tiempo y lugar. Por esta razón, el Derecho Humanitario es un antecedente más de los Derechos Humanos, quizá el más significativo de todos⁷¹. Como ya se ha señalado, ambos ordenamientos están vinculados en su génesis al iusnaturalismo y a la idea de humanidad o género humano. Las relaciones entre ambos ordenamientos son complejas, pero ambos se inspiran, como ya se ha expuesto, en la noción de humanidad, que los vincula estrechamente⁷².

Andrés Bello reflexionó ampliamente sobre el Derecho de la Guerra. Incluso, desde la primera edición de los *Principios*, del año 1832, dedica siempre la Parte Segunda de su obra al “Estado de Guerra”⁷³. En cuanto al derecho relativo a la conducción de las hostilidades, su pensamiento recoge las normas y doctrinas más avanzadas de su época. Lo resaltante en su obra está representado por la relevancia que le dio a las normas que, sin reticencias, podemos considerar como expresamente humanitarias y que, aunque se reflejan de múltiples maneras, a todo lo largo de la Parte Segunda, sin duda se concentran en el capítulo titulado “De las hostilidades en general, y de las hostilidades contra las personas”.

En las siguientes citas Bello sostiene muchas de las normas que en la actualidad conforman los principios fundamentales sobre los que se asienta el Derecho Internacional Humanitario contemporáneo; entre ellos el principio de distinción, el principio de precaución, el principio de

⁷⁰ Cfr. Nils Melzer, Etienne Kuster (Coordinación), *Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019, p. 17.

⁷¹ Cfr., Thomas Buerghental, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, p. 17.

⁷² Cfr. Cordula Groege, “*Elective affinities? Human rights and Humanitarian law*” en *International Review of the Red Cross*, volumen 90, número 871, septiembre 2008, pp. 501-548; y Marco Sassòli y Antoine A. Bouvier, *How does Law protect in War*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1999, pp. 263-272.

⁷³ Cfr. Andrés Bello, *Principios*, 1832. De la que hemos utilizado para este apartado la versión: *Principios del Derecho de Gentes*, obra publicada en Santiago de Chile, Reimpresión cuidadosa, hecha por unos neo-granadinos, París, Imprenta de Bruneau, Calle Montmatre, 39, 1840, Parte Segunda, Estado de Guerra, pp. 169-406. Las citas que hacemos de los apartados de esta Parte Segunda, y que corresponden a la edición de los Principios de 1864, no presentan variación alguna con las de la primera edición.

proporcionalidad, el principio de la prohibición de los sufrimientos innecesarios y el principio del trato humano (o de humanidad). Estos principios reflejan además el principio del equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones de humanidad, “que imponen ciertos límites a los métodos y medios de guerra y requieren que quienes hayan caído en poder del enemigo reciban un trato humano en todo momento”⁷⁴. Bello discurre además sobre la protección de los bienes culturales en tiempo de guerra, así como sobre la neutralidad, a la que concibe de manera muy novedosa para su tiempo.

Al referirse al “principio relativo a todo género de hostilidades”, Bello señala que

El fin legítimo de la guerra da derecho a los medios necesarios para obtenerlo; todo lo que pasa este límite, es contrario a la ley natural... Si un acto, pues, considerado en su generalidades necesario para vencer la resistencia del enemigo y alcanzar el objeto de una guerra legítima, deberá tenerse por lícito según el derecho de gentes, sin embargo de que, empleado sin necesidad, y cuando medios más suaves hubieran sido suficientes, sea criminal ante Dios y en la conciencia⁷⁵.

Aquí expone, hasta mencionando a la divinidad, el principio de necesidad, que está vinculado siempre a las consideraciones de humanidad.

Al hablar del “cómo se debe tratar al enemigo que se rinde”, acota que

... desde el punto que un enemigo se somete, no es lícito quitarle la vida. Debemos pues dar cuartel a todos los que rinden las armas en el combate, y conceder vida salva a la guarnición que capitula⁷⁶.

En este sentido, Bello preconiza la protección debida a los prisioneros de guerra por el Derecho Internacional Humanitario actual.

Al referirse “al enemigo que por su edad, sexo o profesión no opone resistencia”, indica, siguiendo a Vattel y a Schmalz, que

Las mujeres, niños y ancianos, los heridos y enfermos, son enemigos que no oponen resistencia, y por consiguiente no hay derecho de quitarles la vida, ni de maltratarlos en sus personas mientras que no toman las armas. Lo mismo se aplica a los ministros del altar y a todas las profesiones pacíficas. Una

⁷⁴ Cfr. Nils Melzer, Etienne Kuster (Coordinación), *Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019, p. 18.

⁷⁵ Cfr. Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Segunda, Capítulo tercero, número 2, p. 216.

⁷⁶ Cfr. Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Segunda, Capítulo tercero, número 3, p. 217.

severa disciplina debe prohibir los actos de violencia que se abandona la soldadesca desenfrenada en las plazas que se toman por asalto. Pero en nuestros días hemos visto demasiadas veces violada esta regla.

Después de un combate, debe el vencedor cuidar de los heridos que el enemigo deja en el campo de batalla. Las leyes de la humanidad y las del honor vedan matarlos o desnudarlos. Se ajustan a veces armisticios para enterrar a los muertos y trasportar a los heridos⁷⁷.

En estos párrafos, Bello trasunta el principio de distinción entre civiles y combatientes, la categorización de las personas civiles, los heridos y los enfermos como personas protegidas por el derecho, así como la cualidad especial del personal religioso y el respeto debido a los muertos. Igualmente se refiere a la protección general que se debe a los habitantes de los territorios ocupados frente a los saqueos y demás actos de violencia abusiva por parte de la potencia ocupante. Según el principio de distinción, “la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”⁷⁸, mientras que “la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”⁷⁹. De manera que, las partes en conflicto “harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”⁸⁰. Del principio de distinción parte el de precaución, en virtud del cual “las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles ya a los bienes de carácter civil”⁸¹.

Sobre el trato “a los prisioneros de guerra”, siguiendo también a Vattel, Schmalz y Wheaton, Bello sostiene que

Aunque las leyes estrictas de la guerra permiten hacer prisioneros a toda clase de personas con el objeto de debilitar al enemigo, ente las naciones civilizadas no tiene ya lugar esa práctica sino con los

⁷⁷ *Ibidem*, número 4, p. 219. El segundo párrafo lo añadió Bello a partir de la segunda edición de los Principios de 1844.

⁷⁸ *Cfr.* Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra (proyectiles explosivos de un peso inferior a 400 gramos), 29 de noviembre/11 de diciembre de 1868, Preámbulo.

⁷⁹ *Cfr.* Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, art. 51(1).

⁸⁰ *Ibidem*, art. 48.

⁸¹ *Ibidem*, art. 57(1).

individuos que manejan las armas; si alguna vez de extiende a otros, es menester que haya razones plausibles, que hagan necesario este rigor.

No es lícito matar a los prisioneros, sino en los casos extremos, cuando su conocida disposición a la resistencia, o el apareamiento de una fuerza enemiga, que viene a liberarlos, hace imposible o peligrosa su guarda. Solo la más imperiosa necesidad pudiera justificar diferente conducta.

El antiguo derecho de gentes autorizaba para esclavizar a los prisioneros...la influencia benéfica de la religión cristiana ha hecho desaparecer esta costumbre. Se les detiene pues hasta la terminación de la guerra, o hasta que por mutuo consentimiento se ajusta un convenio de canje rescate.

Se puede asegurar a los prisioneros de guerra, encerrarlos y aun atarlos si se teme que se levanten. No es lícito maltratarlos de otro modo, a no ser en pena de algún crimen...

Es injusto forzar o seducir a un prisionero de guerra a servir bajo las banderas de su enemigo o de una tercera potencia...

Es necesario proveer al mantenimiento de los prisioneros; pero no es obligatorio suministrarles objetos de lujo o de pura comodidad⁸².

Aquí se evidencia el principio del trato humano (o de humanidad), aplicable igualmente a los otros supuestos citados, de acuerdo con el cual, “las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión, o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo”⁸³. Es preciso acotar que “el derecho a recibir un trato humano es absoluto y se aplica no solo a

⁸² *Cfr.* Andrés Bello, Principios, 1864, Parte Segunda, Capítulo tercero, número, 5, pp. 219-221. En esta edición de 1864, Bello suprimió, al final del tercer párrafo la siguiente oración que aparecía en las dos anteriores ediciones: “No hay derecho para reducirlos a esclavitud (a los prisioneros de guerra) sino cuando personalmente se han hecho reos de algún atentado que tenga la pena de muerte”. También se suprimió un párrafo de la edición de 1832, referido a las circunstancias en las que se puede dar muerte a los prisioneros.

⁸³ *Cfr.* Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (I, II, III y IV), art. 3(1) común.

las personas privadas de libertad, sino también, en términos más generales, a todos los habitantes de los territorios que se encuentren bajo control enemigo”⁸⁴.

Luego, al referirse a los “modos de hostilidad lícitos”, hace una extensa descripción de los medios que se pueden emplear para privar de la vida al enemigo:

Se llama pues asesinato al que se comete alevosamente, empleando traidores, súbditos del mismo a quien se da la muerte o de su soberano, o valiéndonos de emisarios que se introducen como desertores, como desterrados que buscan asilo, como mensajeros, o a lo menos como extranjeros. La frecuente repetición de esta especie de atentados introduciría la desconfianza mutua y a la alarma en todas las relaciones sociales, y sobre todo, pondría trabas innumerables en las comunicaciones entre los beligerantes. De aquí es que la opinión unánime del género humano, los ha vedado bajo las más severas penas, y los ha tizando con la nota de infamia.

El envenenamiento es aún más odioso que el asesinato a hierro, porque sus efectos serían más inevitables, y por consiguiente más funestos al género humano. Y si este modo de hostilidad es justamente detestado, aun cuando el veneno se emplea contra determinadas personas, ¿qué será cuando se administra en las fuentes y pozos, haciendo recaer la destrucción, no sólo sobre los enemigos armados, sino sobre las personas más inocentes? El uso de armas enherboladas es más tolerable, porque en él no hay alevosía ni clandestinidad. Sin embargo, está proscrito entre las naciones cultas. Son patentes las perniciosas consecuencias que resultarían de poner en manos de los soldados un medio de destrucción, de que es tan fácil abusar. Por otra parte, si es preciso herir al enemigo, no lo es que muera inevitablemente de sus heridas: una vez que se le ha inhabilitado para volver en algún tiempo a tomar las armas, se ha alcanzado todo lo que el derecho de la guerra concede sobre su persona. En fin, el uso de armas envenenadas, haciendo mortal toda herida, da a la guerra un carácter infructuosamente cruel y funesto, porque, si el uno de los beligerantes enherbola sus armas, el otro imitará su ejemplo, y la guerra será igualmente costosa a los dos⁸⁵.

La prohibición de los sufrimientos innecesarios establece, en relación con el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo, que “esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que

⁸⁴ *Cfr.* Nils Melzer, Etienne Kuster (Coordinación), *Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019, p. 20.

⁸⁵ *Ibidem*, número 7, pp. 222-223.

agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate o bien harían que su muerte fuese inevitable” y que “el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad”⁸⁶. Así pues, “queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”⁸⁷.

Por último, en todo un capítulo llamado “de las hostilidades contra las cosas del enemigo en la guerra terrestre”, y específicamente sobre la “destrucción de propiedades públicas y privadas”, desarrollando la opinión de Schmalz, indica que

Se debe, en todo caso respetar los templos, los palacios, los sepulcros, los monumentos nacionales, los archivos, en suma, todos los edificios públicos de utilidad y adorno, todos aquellos objetos de que no se puede privar al enemigo sino destruyéndolos, y cuya destrucción no contribuye al logro del fin legítimo de la guerra. Lo mismo decimos de las casa, fábricas y talleres de los particulares. Se arrasan, pues, los castillos, muros y fortificaciones, peor no se hace injuria a los edificios de otra especie, antes bien se toman providencias para protegerlos de la furia y la licencia del soldado. No es permitido destruirlos o exponerlos al estrago de la artillería, sino cuando es inevitable para alguna operación militar⁸⁸.

Resaltan en este párrafo el principio de precaución ya nombrado, en consonancia con el principio de proporcionalidad. Según este último,

...un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de una protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista⁸⁹.

⁸⁶ *Cfr.* Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra (proyectiles explosivos de un peso inferior a 400 gramos), 29 de noviembre/11 de diciembre de 1868, Preámbulo.

⁸⁷ *Cfr.* Convención IV (de la Haya) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sus anexos: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Reglamento de la Haya), 18 de octubre de 1907, 23(e); y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, art. 35(2).

⁸⁸ *Cfr.* Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Segunda, Capítulo cuarto, número 6, pp. 228.

⁸⁹ *Cfr.* Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, art. 57(2b).

Consigna Bello también aquí, con clarividencia jurídica, a los hoy denominados “bienes culturales” que en la actualidad gozan de un sistema de protección especial en el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, las partes beligerantes “no pueden dirigir ningún acto de hostilidad respecto de tales bienes y deben abstenerse de utilizar esos bienes para fines que pudieran exponerlos a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado”⁹⁰.

Más adelante, al hablar de las obligaciones y derechos de los neutrales, Bello consigna, a modo de regla general que

La nación neutral debe usar con ambos beligerantes los oficios de humanidad que los miembros de la gran sociedad humana se deben mutuamente, y prestarles, en todo lo que no concierne a la guerra, los servicios y auxilios que pueda, sin rehusar al uno de ellos cosa alguna por la sola razón de hallarse en guerra con el otro⁹¹.

A pesar de que el alcance de la neutralidad en su época estaba limitado casi exclusivamente al deber de abstención en un conflicto determinado, Bello intuye un modo nuevo de concebir la institución cuando reafirma los deberes de humanidad que en la actualidad se relacionan con una posición más activa de los neutrales, basada en la acción colectiva, la solidaridad y la cooperación para mantener o restablecer la paz⁹².

Es posible pues aseverar, sin reticencias, que Andrés Bello conoció en profundidad las normas sobre los conflictos armados vigentes para el momento histórico que le correspondió transitar y que tal conocimiento le permitió vislumbrar el futuro ordenamiento, conformado por muchas de las normas ya existentes y muy trajinadas por él, que nacería positivamente, cargado del sentido humanitario que él mismo defendía tenazmente, muy pocos años antes de su muerte, acaecida en 1865⁹³.

⁹⁰ *Cfr.* Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 14 de mayo de 1954, art 4(1).

⁹¹ *Cfr.* Andrés Bello, *Principios*, 1864, Parte Segunda, Capítulo séptimo, número 5, pp. 284.

⁹² *Cfr.* Antonio Papisca, “Active Neutrality with the New International Law. Reflections from a Politics of Law Perspective”, en *Peace Human Rights Governance*, 1(3), noviembre 2017, pp. 395-404.

⁹³ Es menester recordar los que probablemente son los dos primeros instrumentos normativos del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo: el Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (del año anterior al fallecimiento de Bello) y la Declaración de San Petersburgo el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra de 1868 (tres años posterior a la muerte de Bello).

7. CONCLUSIONES

La obra de Andrés Bello en materia de Derecho Internacional Público, condensada, sobre todo, en las tres ediciones de sus *Principios*, presenta indudablemente interesantes elementos que la vinculan con las actuales ramas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Bello recibió las influencias doctrinales de autores clásicos y modernos del Derecho Internacional Público. Esto le permitió adquirir un conocimiento sólido en este orden jurídico que se nutría de los llamados “padres del Derecho Internacional” (Vitoria, Suárez, Grocio), pero sin dejar de asimilar las tendencias más avanzadas del pensamiento internacional de la época en que se perfeccionó como jurista (Vattel, Wheaton, Kent, Phillimore, Chitty, Elliot y de Martens, entre otros). La equilibrada formación de Bello se tradujo en una intelectualidad abierta a las figuras jurídicas que prefiguraban el desarrollo futuro del Derecho Internacional Público y la consolidación o el surgimiento de sus ramas especializadas, como lo serían el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Bello consideraba al Derecho Natural como el fundamento del Derecho Internacional, pero haciendo énfasis en su componente “género humano” como base primigenia de la Sociedad Internacional. En este sentido, la noción de humanidad vinculada al Derecho Natural, es ya un antecedente de los derechos humanos y uno de los principios del Derecho Humanitario.

Seguramente influenciado por los dramáticos acontecimientos de la Independencia y los peligros externos que amenazaban la existencia misma de los nuevos Estados hispanoamericanos, Bello rechazaba la doctrina de la intervención humanitaria, siempre tan controvertida en el Derecho Internacional. Sin embargo, lo hacía por considerarla históricamente insincera, contraria a la independencia y a la soberanía de los Estados, más que por su carácter humanitario. No llega a pensar siquiera en la posibilidad de una acción colectiva coercitiva contra los estados violadores masivos de los derechos humanos que desestabilizaran el sistema internacional, ni mucho menos a concebir algo parecido a la contemporánea responsabilidad de proteger.

Si bien Bello estuvo consciente de que la abolición de la esclavitud era un proceso en pleno desarrollo respecto del Derecho Internacional, su rechazo a la abominable institución y a la trata de personas que

involucraba fue muy claro. He aquí su apoyo a lo que sería otro de los antecedentes de los derechos humanos.

Bello rechaza la llamada “doctrina del estándar mínimo internacional para el tratamiento de extranjeros”, por las mismas razones que la intervención humanitaria, es decir, por desconocer la soberanía y la independencia de los Estados, además de por considerarla contraria a la igualdad ante la Ley. Pero reconoce que los daños que se ocasionen a los extranjeros pueden generar la responsabilidad internacional del Estado infractor. Relacionada con esa responsabilidad, sostiene la regla del agotamiento de los recursos internos que, en la actualidad, es un pilar procesal importante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Bello categoriza la institución del asilo como un derecho subjetivo individual, preconizando, con gran acierto, su futuro carácter de derecho humano, igualmente de consideración individual.

Del mismo modo, Bello concibe la autodeterminación o libre determinación de los pueblos como un derecho, en este caso, de naturaleza colectiva y, de esta manera, se adelanta a su consagración positiva contemporánea como principio básico de los derechos humanos y, a la vez, como derecho humano en sí mismo.

En cuanto al Derecho Internacional Humanitario, Bello sostuvo normas que, si bien estaban entonces dentro del contexto del llamado Derecho de la Guerra, eran ya claramente humanitarias. Afirmó con contundencia los principios fundamentales sobre los que descansa el Derecho Internacional Humanitario contemporáneo; entre ellos el del equilibrio entre las necesidades militares y las consideraciones de humanidad, el principio de distinción, el principio de precaución, el principio de proporcionalidad, el principio de la prohibición de los sufrimientos innecesarios y el principio del trato humano (o de humanidad).

Por todas las razones expuestas, es posible afirmar, sin reticencias, que Andrés Bello fue un moderado, pero perspicaz, precursor de algunas instituciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todo de acuerdo con los avances del Derecho, pero también bajo la influencia algunos de los prejuicios jurídicos de su época (entre ellos la obsesión por la soberanía e independencia del Estado). Igualmente Bello puede ser considerado como un convencido y decidido promotor del Derecho Internacional Humanitario, cuyos principios y normas fundamentales conoció con maestría y ayudó a impulsar a los

efectos de su definitiva cristalización y codificación, que apenas llegó a atisbar en el horizonte del Derecho Internacional casi al final de su vida.

8. BIBLIOGRAFÍA

Bello, Andrés (identificado con las iniciales A.B.), Principios de Derecho de Gentes, Santiago de Chile, año de 1832, Imprenta de la Opinión. De la que hemos utilizado la versión: Principios del Derecho de Gentes, “Obra publicada en Santiago de Chile, Reimpresión cuidadosa, hecha por unos neogranadinos, París, Imprenta de Bruneau, Calle Montmatre, 39, 1840.

Bello, Andrés, Principios de Derecho Internacional. Segunda edición corregida y aumentada por ANDRÉS BELLO, Miembro de la Facultad de Filosofía y Humanidades y de la Facultad de Leyes, de la Universidad de Chile. Valparaíso: Imprenta del Mercurio. 1844.

Bello, Andrés, Principios de Derecho Internacional. Tercera edición corregida y considerablemente aumentada por ANDRÉS BELLO, Miembro de la Facultad de Filosofía y Humanidades, y de la Facultad de Leyes, de la Universidad de Chile, Miembro correspondiente de la Real Academia Española y socio de otras corporaciones científicas y literarias. Valparaíso, 1864. Imprenta de la Patria.

Bello, Andrés, Obras Completas, Derecho Internacional I: Principios de Derecho Internacional y Escritos Complementarios, volumen X, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, Venezuela, 1954.

Brownlie, Ian, “Humanitarian Intervention”, en John Norton Moore (ed.), Law and Civil War in the Modern World, The Lawbook Exchange Ltd., Clark, Nueva Jersey, 2009 (la versión original del artículo es de 1974).

Buerghenthal, Thomas, Derechos Humanos Internacionales, segunda edición, Gernika; México, D.F., 2002.

Buerghenthal, Thomas; Grossman, Claudio y Nikken, Pedro; Manual Internacional de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990.

Caldera, Rafael, “Andrés Bello. Noticia de su vida y de su obra y síntesis de su pensamiento” (estudio preliminar); en Andrés Bello, Principios de Derecho Internacional, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946.

Caldera, Rafael, Andrés Bello, Biblioteca Rafael Caldera (volumen V), Cyngular, Caracas, 2015.

Carta de las Naciones Unidas. (Fecha de revisión: 26/07/2023).

Carta de la Organización de los Estados Americanos; suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993; en OEA/Ser.L/V/I.4, rev. 16, actualizado a 24 enero 2020, original: español.

Cassese, Antonio, Self-Determination of Peoples. A legal Reappraisal, Cambridge University Press, 1995.

Castaño Zuluaga, Luis, Ociel, “Antecedentes del Derecho Humanitario Bélico en el contexto de la Independencia Hispanoamericana (1808-1826)”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Derecho Internacional Público], XXXIV, Valparaíso, Chile, 2012.

Catálogo colectivo sobre bibliografía bellística, publicado por la Universidad Católica Andrés Bello (Biblioteca), Caracas, 1974.

“Código de Lieber” (Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field, preparado por Francis Lieber, LL.D., y revisado por una Junta de Oficiales; primera edición, Nueva York, D.Van Nostrand, 1863).

Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario sobre los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977, CICR, Ginebra, 1987: xxvii. Disponible en inglés en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/IntRO/470> (Fecha de revisión: 26/07/2023).

Constitución Política del Estado de Chile, promulgada el 29 de diciembre de 1823, en el sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331.

Convención de la Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 14 de mayo de 1954, UNTS, vol. 249, N.º 3511.

Convención IV (de la Haya) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sus anexos: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Reglamento de la Haya), 18 de octubre de 1907; en Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1996.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (I, II, III y IV), a saber: I. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Primer Convenio de Ginebra), II. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, (Segundo Convenio de Ginebra) III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Tercer Convenio de Ginebra), y IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles (Cuarto Convenio de Ginebra); en Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2012.

Critescu, Aurelio, El derecho a la libre determinación, ONU, 1981.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra (proyectiles explosivos de un peso inferior a 400 gramos), 29 de noviembre/11 de diciembre de 1868; en Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1996.

Declaración Universal de Derechos Humanos, UNGA Res. 217A (III), de 10 de diciembre de 1948.

De Solano, Francisco (coordinador), Estudios sobre la abolición de la esclavitud (Anexos de Revista de Indias), Consejo Superior de investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Departamento de Historia de América, Madrid, 1986.

Evans, Gareth, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes One and For All*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2009.

Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, tercera edición revisada y puesta al día, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

Gierycz, Dorota, “From Humanitarian Intervention (HI) to Responsibility to Protect (R2P)”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 29, n° 2, agosto 2010.

Groege, Cordula, “Elective affinities? Human rights and Humanitarian law” en *International Review of the Red Cross*, volumen 90, número 871, septiembre 2008.

Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise; *El derecho internacional consuetudinario, Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja/Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, primera edición, Buenos Aires, 2007.

Hunt, Lynn, *Inventing Human Rights. A History*, W.W. Norton & Company, Inc., Nueva York/Londres, 2007.

Klein, Herbert S. y Vinson III, Ben; *Historia mínima de la esclavitud en América Latina y en el Caribe*, Colegio de México, México, México, 2013.

Kossok, Manfred, *Historia de la Santa Alianza y la emancipación de América Latina*, Ediciones Símbola, Buenos Aires, 1968.

Meltzer, Milton, *Slavery. A world history*, edición actualizada, Da Capo Press, Nueva York, 1993.

Melzer, Nils y Kuster, Etienne (Coordinación); *Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019.

Mendoza, Cristóbal L., *Las primeras misiones diplomáticas de Venezuela*, volumen I, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1962.

Morales Paúl, Isidro, “La contribución de don Andrés Bello a la formulación de los principios del Derecho Internacional de América”, en *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Congreso Internacional (Roma 10/12 diciembre 1981), La Casa de Bello, Caracas, 1987.

Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 71er periodo de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019), Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/74/10), Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. UNGA Res. 2200A (XXI), ANEXO, de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, UNGA Res. 2200A (XXI), ANEXO, de 16 de diciembre de 1966.

Papisca, Antonio, “Active Neutrality with the New International Law. Reflections from a Politics of Law Perspective”, en *Peace Human Rights Governance*, 1(3), noviembre 2017, pp. 395-404.

Pictet, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, primera edición, segunda reimpresión, Instituto Henry Dunant/Comité Internacional de la Cruz Roja/Tercer Mundo Editores, Santafé de Bogotá, 1998.

Pino Iturrieta, Elías, *El divino Bolívar: ensayo sobre una religión republicana*, segunda edición, Catarata Madrid, 2003.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, UNTS, vol. 1125, N.º 3.

Quiroga Lavié, Humberto, *Los Derechos Humanos y su defensa ante la justicia*, Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, 1995.

Ramón Chornet, Consuelo, *¿Violencia necesaria?: la intervención humanitaria en Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, tercera edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966

Rumazo González, Alfonso, *Sucre: Gran Mariscal de Ayacucho*, 7ª edición, Editorial Mediterránea, Madrid, 1983.

Sassòli, Marco y Bouvier, Antoine A.; How does Law protect in War, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1999.

Schoell, Frederic, Acte du Congrès de Vienne du 9 juin 1815, avec les pièces qui y sont annexées, Librairie Grecque-Latine-Allemande, París, 1815.

Steiner, Henry J. y Alston, Philip; International Human Rights in Context, segunda edición, Oxford University Press, 2000.

Suárez, Francisco, De legibus ac Deo legislatore, 1612.

Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

Travieso, Juan Antonio, Derechos Humanos y Derecho Internacional, segunda edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996.

Toro Jiménez, Fermín, Historia Diplomática de Venezuela 1810-1830, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008.

Urbina Briceño, Adalberto, Derecho Internacional de los Refugiados: aspectos conceptuales universales y regionales, Universidad Católica Andrés Bello/Universidad Central de Venezuela/Servicio Jesuita a Refugiados, Caracas, 2012.

Urdanoz, Teófilo, Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones teológicas, (edición crítica del texto latino), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960.

Verdross, Alfred, Derecho Internacional Público, sexta edición, segunda reimpresión, Aguilar, Madrid, 1980.

Fecha de recepción 24/02/2023
Fecha de aceptación: 24/03/2023
Pp 45 – Pp.

Relectura del derecho a la democracia: el pluralismo y la alternancia en el poder como sus garantías

*Asdrúbal Aguiar, J.D**

Resumen

Este artículo analiza el derecho a la democracia con sus elementos fundamentales sobre el pluralismo y la alternancia en el poder; con la finalidad de obtener un régimen de reconocimiento y tutela universal de los derechos inherentes a todo ser humano, y justificar la necesidad de un Estado de Derecho con instituciones sólidas. El artículo se centra en el entendimiento de la democracia como el derecho de los pueblos al reconocimiento de la expresión de su patrimonio intelectual.

Palabras clave: democracia, pluralismo, alternancia en el poder, tutela universal, derechos humanos, Estado de Derecho.

Rereading the right to democracy: pluralism and alternation of power as its

Abstract

This article analyzes the right to democracy with its fundamental elements of pluralism and alternation in power; to obtain a system of universal recognition and protection of the rights inherent to every human being and justify the need for a Rule of Law with solid institutions. The article focuses on the understanding of democracy as the right of people to the recognition of the expression of their intellectual heritage.

Keywords: democracy, pluralism, alternation in power, universal protection, human rights, rule of law.

* Profesor Titular (Catedrático) de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, y Profesor Residente del Miami Dade College; Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y Secretario General de IDEA.

Anuario venezolano de Derechos Humanos N° 00.
Semestre mes- 2023
ISSN:

garantees

Résumé

Cet article analyse le droit à la démocratie avec ses éléments fondamentaux sur le pluralisme et l'alternance au pouvoir, dans le but d'obtenir un régime de reconnaissance et de protection universelle des droits inhérents à chaque être humain, et de justifier la nécessité d'un État de droit avec des institutions solides. L'article se concentre sur la compréhension de la démocratie comme le droit des peuples à la reconnaissance de l'expression de leur patrimoine intellectuel.

Mots clés : Démocratie, peuples, patrimoine, pluralisme, alternance.

INTRODUCCIÓN

Tras la Segunda Gran Guerra del siglo XX y el Holocausto, emergen como principios y normas de orden público internacional los del respeto y la garantía universal de los derechos humanos. Sin embargo, a raíz del deconstructivismo que sufre hoy el Derecho internacional bajo las tendencias actuales hacia la globalización y al que me refiero en la reciente edición de mi texto de enseñanza Código de Derecho Internacional¹, aquellos y aquellas se han visto severamente menoscabados; sea por los que tremolan y buscan resucitar el dogma de la soberanía del Estado ante la disolución social de las naciones en avance y propician la inflación de tales derechos², banalizándolos, sea por quienes, dentro de estos, propugnan un emergente ‘derecho social al Estado’.

Tanto es así que, los mismos órganos del Sistema de Naciones Unidas – como el Consejo de Derechos Humanos – han venido dejando al arbitrio de sus mayorías políticas el caracterizar o no y el perseguir o no los crímenes de lesa humanidad. De allí que la autoridad y utilidad de la Corte Penal Internacional establecida con el Estatuto de Roma (1998), se encuentre en entredicho, dentro de un mundo en el que campean las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de la persona humana.

La adopción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de su Opinión Consultiva OC-28/21 relativa a “La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, marca, enhorabuena, un antes y un después en la exégesis internacional del principio de la democracia. Proscribe el fenómeno de la perpetuación en el ejercicio del poder. Aún más, sin decirlo, reafirma la existencia de un derecho humano a la democracia, totalizador e integrador del plexo de los derechos humanos que reconocen y aseguran, sea la Convención Americana de Derechos Humanos, sean, por remisión de esta, la Declaración Americana de Derechos del Hombre (1948) y la Carta Democrática Interamericana (2001).

Dicha Opinión Consultiva, adoptada el pasado 7 de junio y casi en vísperas del 20° aniversario de la aprobación de la mencionada Carta Democrática, señala los límites del principio de la No intervención en los asuntos internos de los Estados y sus autonomías para “elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga” (Artículo 3 de la Carta de

² Vid. Asdrúbal Aguiar A., *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, Miami Dade College, 2017, pp. 160 y ss.

Bogotá que instituye a la Organización de los Estados Americanos, OEA). Despeja, de modo conclusivo, las reservas de algunos sectores políticos e incluso académicos en las Américas, entre otros la Secretaría General de la OEA durante el período 2005-2015 y el expresidente de los Estados Unidos, Jimmy Carter, quienes consideran a la Carta Democrática Interamericana – por ser resolución de la Asamblea General – como un texto programático, de mera orientación y promoción dirigido a los Estados miembros, de suyo sin carácter prescriptivo: “de persuasión moral para prevenir el deterioro democrático”, dice Carter al momento de inaugurar la Cátedra de las Américas en 2005.

Cabe reconocer, con vistas a este histórico logro, la acertada decisión del gobierno del presidente colombiano Iván Duque Márquez y su fallecido canciller Carlos Holmes Trujillo, al presentar ante la Corte Interamericana la solicitud que da lugar a la señalada doctrina judicial vinculante; lo que ocurre, como cabe referir, a raíz de la instancia presentada ante aquél por los expresidentes de Bolivia y de Colombia, Jorge Tuto Quiroga y Andrés Pastrana Arango, sucesivamente acompañados, mediante un *amicus curiae*, por 20 de sus colegas ex presidentes y participantes de la Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA).

Otro tanto cabe decir de Luis Almagro, actual secretario de la OEA, quien avanza sobre la cuestión a pedido del presidente Quiroga mencionado y logra que la Comisión de Venecia del Consejo de Europa (Comisión Europea para la Democracia por el Derecho) se expidiera, previamente, sobre la proscripción de la perpetuación en el ejercicio del poder presidencial.³

Al confirmarse que la Carta Democrática Interamericana “constituye un texto interpretativo tanto de la Carta de la OEA como de la Convención Americana”⁴ o Pacto de San José de Costa Rica, y de suyo obligatorio, los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales de su ejercicio, resumidos por la Corte en el ‘principio de la democracia representativa’⁵, adquieren su fuerza y mayor sentido. Son el contexto inexcusable para la garantía y la efectividad de los derechos humanos y para disponer los límites aceptables de éstos, dentro de las justas exigencias del bien común, tal y como lo prescribe la Convención citada.

³ “Informe sobre los límites a la reelección” (Parte I – Presidentes), aprobado por la Comisión de Venecia en su 114ª Sesión Plenaria, 16 y 17 de marzo de 2018.

⁴ Párr. 29.

⁵ Párr. 49.

En un esfuerzo de síntesis e innegable valor hacia el porvenir, acaso mostrándose ‘políticamente incorrecta’ al desafiar las tendencias globales que intentan debilitar el patrimonio republicano y democrático construido en las Américas desde 1826 y a partir del Congreso Anfictiónico de Panamá⁶, la Opinión Consultiva mencionada que dicta la Corte Interamericana resume, actualiza e innova su copiosa jurisprudencia democrática desarrollada desde el instante de su fundación⁷; por lo que, sin ambages, teniendo presente que “los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sistema de gobierno sea una democracia representativa”⁸, prescribe como enseñanzas transversales las siguientes:

- a) “La interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema” convencional interamericano.⁹
- b) El sistema interamericano, la Declaración Americana y la Convención no impone a los Estados un sistema político, ni una modalidad determinada sobre las limitaciones de ejercer los derechos políticos. Los Estados pueden establecer su sistema político y regular los derechos políticos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos. Sin embargo, las regulaciones que implementan los Estados deben ser compatibles con la Convención Americana, y, por ende, con los principios de la democracia representativa que subyacen en el sistema interamericano, incluyendo los que se desprenden de la Carta Democrática Interamericana¹⁰.

Sin mengua de lo anterior, es de mayor significación aún la convicción renovada de la Corte en cuanto a que:

⁶Vid. *In extensu*, Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia*, Colección de Estudios Políticos N° 87, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

⁷ Asdrúbal Aguiar, *Digesto de la democracia* (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2014), Colección Derecho Público Iberoamericano N°2, Buenos Aires/Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

⁸ Párr. 99.

⁹ Párr. 46.

¹⁰ Párr.86.

- c) “La perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo alguno y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio efectivo de la democracia”.¹¹

La Corte rescata como fuente directa y antecedente de la Carta Democrática – en aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹² – a la Declaración de Santiago de Chile de 1959; ya que como lo ha confirmado el Comité Jurídico Interamericano ésta enuncia “algunos de los atributos de la Democracia que están plenamente vigentes, los cuales deben relacionarse con los elementos esenciales y componentes fundamentales enumerados en la Carta” señalada.¹³ En otras palabras, que son las mismas de la Corte, la alternancia en el ejercicio del poder es, concretamente, la cláusula de salvaguardia o el mecanismo idóneo de protección de la democracia, por ende, del propio Estado de Derecho y, como finalidad de ambas la de los derechos humanos. Así lo resume en dos de sus dicta:

- a) La perpetuación de una persona en el ejercicio de un cargo público conlleva al riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente representado por sus elegidos, y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia. Esto puede suceder incluso existiendo elecciones periódicas y límites temporales para los mandatos¹⁴.
- b) “El juego democrático solamente es posible si todas las partes respetan los límites impuestos por la ley que permiten la propia existencia de la democracia, como lo son los límites temporales de los mandatos presidenciales”¹⁵.

EL CONTROL DEL DERECHO HUMANO A LA DEMOCRACIA: UN PUNTO DE LLEGADA Y DE CONVERGENCIA

Para llegar a sus conclusiones, la Corte Interamericana, después de haber desarrollado doctrinalmente todos y cada uno de los estándares de la democracia según ya lo dicho – reconocida la democracia como derecho del pueblo a tenor del artículo 1 de la Carta Democrática e integradora de todos los derechos

¹¹ Párr.74.

¹² Artículo 31, Regla general de interpretación.

¹³ Párr. 74.

¹⁴ Párr. 73.

¹⁵ Párr. 79.

conforme a las previsiones de la Convención Americana¹⁶ – ajusta, al término, la importancia de que “los diversos órganos del Estado realicen, respectivamente, tanto el correspondiente control [preventivo] de convencionalidad” de la democracia como el control democrático de convencionalidad¹⁷, agregaremos nosotros:

Como principio rector, [el principio de la democracia] articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos. Como pauta interpretativa, brinda una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho¹⁸, reza la Opinión Consultiva.

En concreto, el control de convencionalidad de la democracia provee a la salvaguarda de los elementos y componentes democráticos como tales y en su conjunto, en cuyo defecto mal puede predicarse, como reza el preámbulo de la Convención Americana, “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” ni las garantías legislativas o de otro orden “que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (artículo 2 *ejusdem*). El control democrático de convencionalidad, a su vez, permite auscultar y delimitar el contexto democrático – su ausencia o debilidad – dentro del que tienen lugar las violaciones específicas e individuales de derechos humanos tutelados, agravando así las consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado que se determine comprometida por acción u omisión de sus órganos o poderes públicos.

La Corte es consciente del carácter crucial de lo anterior, ya que, como lo dice en la Opinión Consultiva que nos ocupa, “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho internacional, incluyendo al Derecho internacional de los derechos humanos”¹⁹. Lo expresa así:

¹⁶ Preámbulo, artículos 29, c) y 32.2.

¹⁷ *Vid.* Asdrúbal Aguiar, “Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial sobre la democracia. Teoría de la coherencia funcional”, *Revista de Derecho Público*, 161-162, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, enero-junio 2020 y *Revista de Derecho Constitucional*, N°16, Universidad del Salvador/IJ Editores, Buenos Aires, abril 2021.

¹⁸ Párr. 56.

¹⁹ Párr. 44.

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. En este sentido, existen límites a lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial²⁰.

En distintos textos de mi autoría he avanzado sobre la cuestión democrática hasta caracterizar a la democracia como derecho humano totalizante o transversal²¹. El mismo, en efecto, asegura todos los derechos para todas las personas una vez como logra zafarse de su mero corsé metodológico – ese que reduce la experiencia de la democracia a los procedimientos electorales para la organización del poder – y de la dictadura de las mayorías, al imponer que desde el Estado de Derecho la democracia y los derechos humanos se conjuguen con base en el principio *pro homine et libertatis* y no pro-Estado.

Ello se hace posible, a pesar de haberlo predicado la Carta de San Francisco (1945) tras la Segunda Gran Guerra del siglo XX, a partir del momento mismo en que por obra de la Tercera y la Cuarta Revoluciones Industriales, la digital y la de inteligencia artificial, desde hace treinta años se difumina el valor del espacio o de lo territorial como odre insustituible para la gobernabilidad y la gobernanza democráticas dentro del Estado o Leviatán. No por azar, en línea con las construcciones doctrinales de Norberto Bobbio²² y de su causahabiente intelectual, Luigi Ferrajoli²³, la Corte, en su dicta antes mencionado reitera sobre lo indecible por las mayorías en una democracia, a saber y en términos metafóricos, acabar electoralmente con la experiencia sustantiva de la democracia.

En mi texto sobre *El derecho a la democracia* abordó, en tal orden, la evolución de la doctrina democrática interamericana y su progresiva consolidación dentro del Derecho internacional regional, para demostrar que la adopción de la Carta Democrática Interamericana, más allá de las circunstancias

²⁰ Párr. 44.

²¹ Asdrúbal Aguiar, “*El derecho a la democracia en la jurisprudencia interamericana*”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Buenos Aires, Anales, Año LI, Segunda Época, Número 44, 2006.

²² Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2001.

²³ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*, Vol. 2: Teoría de la democracia, Editorial Trotta, 2011.

políticas que la motivaron y que la propia Corte evoca sin señalar directamente, mal podría señalarse como un salto en el vacío o la disposición de un programa de buena voluntad que habrían de llevar a cabo los Estados parte dentro de la OEA. Es, antes bien, un punto de llegada o la cristalización de un largo proceso de transformación que ha permitido discernir el sentido finalista de la democracia en las Américas, forjado entre dictaduras militares e intersticios democráticos civiles y observando en el presente la degeneración de las democracias electorales en autoritarismos; por lo que la Carta, en precisión que hace la Corte, blinda a la democracia con un concreto “sistema de garantía colectiva”.

[E]s claro que el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional y estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva²⁴, ajusta y repite la Corte en su Opinión Consultiva.

Así las cosas, en el fragor del debate intelectual sobre el carácter vinculante de los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales de su ejercicio, en 2014 publicó mi citado *Digesto de la democracia* sistematizando las seiscientos ochenta y una (681) enseñanzas de la Corte Interamericana que validan, con autoridad jurisprudencial, los estándares. Esa constatación fáctica me ha permitido observar que, dada la omisión tácita de los órganos políticos de la OEA en cuanto a hacer valer el carácter vinculante de la Carta Democrática, en una etapa de provocado ‘desencanto’ con o dentro de la democracia en distintos Estados parte, la Corte la ha reivindicado en ejercicio de su competencia contenciosa. La invoca y aplica, justamente, a partir del *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en 2004, y luego le da efectos directos para calificar supuestos concretos de violación agravada de derechos humanos en los *Casos de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional del Ecuador* (2013).

El hecho que desprende las innovaciones que tras la Declaración de Santiago de Chile trae a la mesa hemisférica a la Carta Democrática, a partir del 11 de septiembre de 2001, fue radiografiado, desde la propia Corte, por uno de sus antiguos presidentes, Sergio García Ramírez, notable jurista mexicano. Ante el colegiado que integraba, advierte sobre las desviaciones o amenazas que afectan a la democracia en la región a propósito de su voto individual dentro del *Caso Escher y otros vs. Brasil* (2009). Señala con claridad meridiana que

²⁴ Párr. 55.

(...) para favorecer sus excesos, las tiranías clásicas que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia... Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia (o la pobreza, cabe añadirlo), para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad²⁵.

Ahora bien, con su Opinión Consultiva la Corte hace valer con mejor concreción el antecedente referido, que es obra felizmente localizada de la experiencia regional en curso:

Este Tribunal advierte que el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante elecciones populares²⁶.

Es innegable que los estándares de la democracia se han visto afectados con el paso del tiempo, en especial luego de la caída de la Cortina de Hierro, en 1989, hasta el momento en que ocurre la pandemia universal de 2019; aún más, después de que Rusia y China, antes de que se iniciara la guerra contra Ucrania en 2022 y en la que se resuelve el ‘choque de civilizaciones’²⁷, no obstante predicar antes lo que se les vuelve oxímoron –“la democracia es un valor humano universal, ... su promoción y protección es una responsabilidad común del mundo entero comunidad”, a renglón seguido mineralizan como tesis la siguiente:

Una nación puede elegir formas y métodos de implementación de la democracia que se adapten mejor a su estado particular, basado en su sistema social y político, sus antecedentes históricos, tradiciones y características culturales únicas. Sólo corresponde al pueblo del país decidir si su Estado es democrático²⁸.

²⁵ Párr. 124 del señalado caso contencioso.

²⁶ Párr. 145 de la OC-28/21.

²⁷ Asdrúbal Aguiar, “*En Ucrania se decide el choque de civilizaciones*”, en Papel Literario, Caracas, Diario El Nacional, 19 de febrero de 2023.

²⁸ *Vid.* Web, Declaración conjunta de la Federación de Rusia y la República Popular China sobre las relaciones internacionales hacia una nueva era y el desarrollo sostenible mundial, Pekín, febrero 4, 2022.

La experiencia real, como lo precisa la Corte en su Opinión Consultiva, muestra como índice de lo anterior a aquellos países que han consagrado la reelección presidencial indefinida (Bolivia, Honduras, Nicaragua, Venezuela). Más lo cierto es que también el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) da cuenta de un supuesto desencanto democrático regional y en línea con el mismo, regresivamente, propone como solución “la necesidad de un Estado capaz de conducir el rumbo general de la sociedad”²⁹. Como también es cierto que los Estados fuertes y personalistas en avance, ‘dictaduras del siglo XXI’ como las denomina el expresidente ecuatoriano, Osvaldo Hurtado³⁰, o ‘democracias iliberales’³¹, tal y como las tamiza la academia para justificarlas de modo tácito, estaban a la vuelta de la esquina a partir de los sucesos globales del ’89 mencionados.

Por ende, en otro texto mío de 2009, editado en México y cuya segunda edición ve luz en Caracas, en 2014³², me veo obligado al testeo de los elementos y componentes de la democracia rescatados por la OEA a partir de 2001. Busco superar las reducciones conceptuales anteriores a la expedición de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana y reveló los efectos que sobre aquéllos y éstos ejercen la desconstrucción social, cultural, política y normativa del tiempo post bipolar, en lo doméstico constitucional y en lo internacional.

Para sólo enunciar los elementos esenciales de la democracia dispuestos por el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, el Estado de Derecho se está decodificando al igual que el estándar del respeto a los derechos humanos, por obra del emergente derecho humano a la diferencia. Este, por mal entendido, pulveriza en los hechos la regla garantista a cuyo tenor todos los derechos son para todas las personas.

La celebración de elecciones periódicas como expresión de la soberanía popular acusa, por una parte, la desviación de las reelecciones en los distintos niveles de los gobiernos y no sólo en la presidencia, sin que el hecho electoral fortalezca, antes bien ha venido disminuyendo la eficacia o la confiabilidad de la experiencia de la democracia; mientras, por otra parte, son secuestradas las elecciones por aristocracias

²⁹ PNUD, *La democracia en América Latina, Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Nueva York/Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004, p. 31.

³⁰ Osvaldo Hurtado, *Dictaduras del siglo XXI*, Madrid, Debate, 2021.

³¹ Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York, W. W. Norton, 2003.

³² Asdrúbal Aguiar, *La democracia del siglo XXI y el final de los Estados*, Caracas, La Hoja del Norte, 2014.

digitales proveedoras de algoritmos que, al final, son los que determinan el lado hacia el que se ha de inclinar la balanza electoral³³. El régimen de partidos y de asociación política se pulveriza, igualmente, en la misma medida en que se sobrepone la ‘ciudadanía digital’ o ciberciudadanía³⁴; tanto como el principio de la separación de poderes o de pesos y contrapesos institucionales, garantía crucial con la que cuentan las víctimas de poderes dictatoriales y/o autoritarios, acusa un ritmo de construcción normativa rezagado e ineficaz frente a la instantaneidad y deslocalización del mundo económico y social que fluye por las redes e impone reglas de potencia e impotencia a su paso mediante novísimas Tecnologías de Eliminación (TdE) de la competencia y en el contexto de un emergente capitalismo de vigilancia³⁵.

Ciertamente, antes de la adopción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de su memorable Opinión Consultiva – que hará historia – ya me había planteado, en otro texto de más reciente publicación (2017) que citó *supra*, el desafío de la reconstrucción de dos de los paradigmas comentados, el de la democracia y de los derechos humanos. Y las premisas que asumo al respecto, para su análisis a tenor de lo antes dicho, son las siguientes:

[L]os desafíos que acusa la democracia como consecuencia de la invertebración actual de las sociedades hispanoamericanas, el secuestro de los aparatos estatales por neopopulismos autoritarios y su apoyo por jueces constitucionales que vacían de contenido democrático a las constituciones; en un contexto de globalización digital que diluye los espacios territoriales de los Estados, afecta las mediaciones institucionales, hace inmediatas las relaciones de poder a través de los medios de comunicación social y provoca una inflación en los derechos humanos de grupos que los trivializan, afectándose el sentido mismo del pluralismo democrático y su relación con la coherencia social que reclama la vida política³⁶.

³³ La Corte Federal Constitucional de Alemania declaró la inconstitucionalidad del voto electrónico. *Vid.* Julio Téllez Valdés, “Anotaciones sobre la inconstitucionalidad del voto electrónico en Alemania”, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Revista Mexicana de Derecho Electoral, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 277-284.

³⁴ José Manuel Robles, *Ciudadanía digital: Una introducción a un nuevo concepto de ciudadano*, Barcelona, España, Editorial UOC, 2009.

³⁵ Shoshana Zuboff, *The Age of The Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs, 2019.

³⁶ Calidad de la democracia..., cit., p. 11.

Me he permitido sugerir – acaso siguiendo las orientaciones del profesor Ferrajoli – que era llegada hora de la ‘reinención’³⁷ o, mejor, de la relectura normativa de la democracia sin dejar de sostener sus principios basales, como lo explica de modo renovado la Opinión Consultiva del caso, pero adecuándose a las realidades distintas que plantea el siglo XXI; comenzando por lo esencial: el restablecimiento del tejido social bajo un denominador común sensible a los valores éticos de la democracia, en modo que se reflejan en las nuevas categorías constitucionales que deban ser formuladas en el inmediato porvenir.

La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana viene a ser, cabe repetirlo, de una trascendencia fundamental al respecto. Cabe reconstruir, en efecto, a partir de sus enseñanzas más recientes, al cabo, *mutatis mutandis*, si válidas para las Américas de suyo compartidas por Europa, como lo confirma la opinión de la Comisión de Venecia mencionada con anterioridad.

³⁷ La expresión la tomo del libro de Gabriel Gosselin y Anne Van Haecht (*La réinvention de la démocratie: Ethnicité et nationalismes en Europe et dans le pays du Sud*, Paris, Editions L’Harmattan, 1994), que escriben en un momento en el que, luego del fin de la bipolaridad, emergen expresiones fundamentalistas en distintos espacios de Occidente.

LA RELECTURA DE LA DEMOCRACIA POR LA CORTE Y SU PRESCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DEL PODER SIN TÉRMINO

En su Opinión Consultiva sobre el tema de la reelección de los presidentes, la Corte Interamericana hace un trazado preliminar sobre las relaciones de la democracia con el Estado de Derecho y los derechos humanos, insistiendo en la interdependencia entre estos como la base de todo el sistema del que forma parte la Convención Americana o Pacto de San José. Después fija los principios que, a su juicio, son definitorios y obligantes de la democracia representativa.

Lo que importa destacar, por ser lo novedoso, es que articula al conjunto de los elementos y componentes de la democracia, por una parte, en modo de sostener que unos y otros se sostienen y explican en sus relaciones y dentro conjunto, sin que puedan excluirse unos a otros u ordenarse jerárquicamente; por la otra, los relaciona con el conjunto de los derechos humanos tutelados por la Convención Americana, revelando, asimismo, que unos derechos necesitan de los otros y cada uno de ellos encuentra su sincronía con los estándares de la democracia, asegurándose mediante una tutela judicial efectiva, la del Estado democrático de Derecho.

Dice bien la Corte, en consecuencia, que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, dispuesta por el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene como ‘presupuesto esencial’ la consolidación democrática³⁸. Por lo que, a lo largo de su argumentación, va definiendo, primeramente y en forma renovada, los alcances propios a cada elemento o componente estipulado por la Carta Democrática, tal y como se podrá constatar seguidamente, en el preciso orden dispuesto por el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana:

1. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales

La única forma como los derechos humanos pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que precisamente esos derechos han sido concebidos como limitaciones al principio mayoritario. Esta Corte ha resaltado que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas. En

³⁸ Párr. 66.

efecto, no puede condicionarse la validez de un derecho humano reconocido por la Convención a los criterios de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general, por cuanto eso implicaría quitarle toda eficacia a la Convención y a los tratados internacionales de derechos humanos³⁹.

2. El Estado de Derecho

“El respeto al Estado de Derecho implica que las personas que ejercen el poder deben respetar las normas que hacen posible el juego democrático”⁴⁰.

En una democracia representativa es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas, fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad. Este es precisamente el sentido del concepto Estado de Derecho (mejor aún, del Estado constitucional democrático, según Bobbio y Ferrajoli). En esa medida el proceso democrático, requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías. Por lo tanto, las reglas de acceso al ejercicio del poder no pueden ser modificadas sin ningún límite por quienes temporalmente se encuentren ejerciendo el poder político. La identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático, el cual se justifica realmente en el respeto de las minorías y la institucionalización del ejercicio del poder político, el cual está sujeto a límites jurídicos y sometido a un conjunto de controles.⁴¹

3. La celebración de elecciones

La realización de elecciones para escoger a los representantes del pueblo es uno de los fundamentos principales de las democracias representativas. Esta obligación de celebrar elecciones periódicas implica indirectamente que los mandatos de cargos de la Presidencia de la República deben tener un período fijo. Los presidentes no pueden ser elegidos por plazos indefinidos. Este Tribunal resalta que la mayoría de los Estados Parte de la Convención incluyen en su legislación limitaciones temporales al mandato del presidente⁴².

³⁹ Párr. 70.

⁴⁰ Párr. 144.

⁴¹ Párr. 71.

⁴² Párr. 72.

En este sentido, la Corte resalta que la democracia representativa se caracteriza por que el pueblo ejerce el poder mediante sus representantes establecidos por la Constitución, los cuales son elegidos en elecciones universales. La perpetuación de una persona en el ejercicio de un cargo público conlleva al riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente representado por sus elegidos, y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia. Esto puede suceder incluso existiendo elecciones periódicas y límites temporales para los mandatos. La obligación de realizar elecciones periódicas unido a lo señalado por la Declaración de Santiago es posible concluir que los principios de la democracia representativa que fundan el sistema interamericano incluyen la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder⁴³.

4. El régimen plural de partidos y organizaciones políticas

La periodicidad de las elecciones también tiene como objetivo asegurar que distintos partidos políticos o corrientes ideológicas puedan acceder al poder. Sobre este punto, la Carta Democrática Interamericana establece que otro de los elementos de la democracia representativa es el “régimen plural de partidos y organizaciones políticas”. En este sentido, este Tribunal resalta que las agrupaciones y los partidos políticos tienen un papel esencial en el desarrollo democrático⁴⁴.

La democracia representativa, así como la obligación de garantizar los derechos humanos sin discriminación, parten del hecho de que en la sociedad existen una diversidad de corrientes e ideologías políticas. Por ende, no existen opiniones o tendencias que sean unánimemente aceptadas. Independientemente de si la persona en el poder cuenta con el apoyo de la mayoría de los votantes, los Estados deben siempre respetar y garantizar la libertad de expresión y derecho de participación política de las minorías. En este sentido, la Corte reafirma que, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, en una sociedad democrática una persona nunca podría ser discriminada por sus opiniones políticas o por ejercer legítimamente derechos políticos. Por lo tanto, este Tribunal considera que la permanencia en funciones de una misma persona en el cargo de la Presidencia de forma ilimitada

⁴³ Párr. 73.

⁴⁴ Párr. 76.

propicia tendencias hegemónicas que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios y que, en consecuencia, minan el régimen plural de partidos y organizaciones políticas⁴⁵.

5. La separación e independencia de los poderes públicos

La separación del poder del Estado en distintas ramas y órganos guarda estrecha relación con el propósito de preservar la libertad de los asociados, bajo el entendido de que la concentración del poder implica la tiranía y la opresión, así como la división de funciones estatales permite el cumplimiento eficiente de las diversas finalidades encomendadas al Estado⁴⁶.

Se tiene entonces que la separación e independencia de los poderes públicos limita el alcance del poder que ejerce cada órgano estatal y, de esta manera, previene su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad⁴⁷.

Ahora bien, la separación e independencia de los poderes públicos supone la existencia de un sistema de control y de fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo denominado “de frenos y contrapesos” no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias⁴⁸.

Lo central, según lo ya dicho, es lo afirmado por la Corte en cuanto a la interdependencia de los elementos esenciales e incluso de los componentes fundamentales de la democracia, pudiendo decirse, sin riesgo de equívoco, que la fractura de alguno de aquellos, como un río que sin detenerse avanza hacia la desembocadura, regularmente arrastra o compromete no sólo a los otros, sino a la vigencia y efectividad de los derechos humanos y a la garantía del Estado democrático y de Derecho: “[T]odos los anteriores criterios están estrechamente relacionados. En efecto, la separación de poderes, el pluralismo

⁴⁵ Párr. 133.

⁴⁶ Párr. 80.

⁴⁷ Párr. 81.

⁴⁸ Párr. 82.

político y la realización de elecciones periódicas son también garantías para el efectivo respeto de los derechos y las libertades fundamentales,” refiere la Corte en su Opinión Consultiva⁴⁹.

CONCLUSIÓN

Si cabe una enseñanza matriz de todo cuando señala y concluye la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva desbrozada previamente y en sus términos gruesos, es que sobre la base del ‘pluralismo’ social y político se levanta el edificio de la democracia, es posible sostener como su finalidad un régimen de reconocimiento y tutela universal de los derechos inherentes a la persona o derechos humanos, y justificar la necesidad arbitral de un Estado de Derecho y sus leyes.

Todo eso pierde su sentido si se fisuran y desmoronan algunas de dichas columnas. “[L]os principios de la democracia representativa que fundan el sistema interamericano incluyen la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder”, es el desiderátum vertebral que nos deja la decisión consultiva comentada⁵⁰.

El conjunto argumental de lo expuesto en la Opinión Consultiva, en nuestra apreciación, ancla sobre la idea del pluralismo democrático y de la democracia como una obra de la razón compartida; algo muy distinto – como cabe anotarlo – de la pulverización social y la expansión ilimitada que se aprecia en las Américas y en Occidente de emergentes y particulares ‘derechos a la diferencia’, que trastornan culturas y vacían a los soportes del Estado que han sido las naciones que los soportan y dan legitimidad.

La relación integral y sistemática entre la democracia, el Estado de Derecho, y los derechos humanos, que precisa la Corte de imperativa, la resume, a la luz de lo anterior, en su dicta integrador de todo el conjunto normativo convencional y declarativo al que apela para su exégesis consultiva: “El pluralismo político es fomentado por la Convención Americana al establecer el derecho de todos los ciudadanos a ser elegidos y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, la libertad de pensamiento y expresión, el derecho de reunión, el derecho de asociación y la obligación de garantizar los derechos [todos los reconocidos y los inherentes, como reza la Convención] sin discriminación.”⁵¹

⁴⁹ Párr. 83.

⁵⁰ Párr. 75.

⁵¹ Párr. 77.

A guisa de las descripciones y anotaciones precedentes que me suscitan las elaboraciones que sobre la democracia logra trazar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la reelección presidencial indefinida, no veo impedimento en concluir con algunas de mis apreciaciones recientes sobre la cuestión democrática.

En mi libro sobre *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, concluyó el título correspondiente con cuatro predicados inexcusables sobre la experiencia de aquella y con vistas a su renovación de cara a los desafíos del corriente siglo, a saber: a) La democracia como derecho humano colectivo; b) la democracia como derecho y servicio a la verdad; c) la democracia como representatividad de lo social; y d) la democracia como realización de la Justicia y garantía de su coherencia.

De modo que, sobre tales proposiciones me atrevo a afirmar, entonces, que en la práctica resolver sobre los derechos humanos y acerca de sus garantías dentro de un Estado de Derecho implica, en primer término, contextualizar democráticamente, como ahora lo demanda la Corte; es decir, afirmar el derecho a la democracia y al término resolver – ¿caso el juez constitucional o el parlamento, o ambos a la vez, en sus tareas esenciales de guardianes de la Constitución y de las obligaciones internacionales que los vinculan como contralores? – sobre la base de la naturaleza de la persona humana, entre derechos que se aleguen o se opongan y sus tutelas, dándosele textura de base a la diversidad social, linderos democráticos al pluralismo, y circunscribiendo el todo a las exigencias ineludibles del bien común dentro de la misma democracia.

No cabe duda entonces y en cuanto a que, sin perjuicio de la advertencia de la Corte sobre el respeto del derecho de cada Estado de “elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga”, una vez que fija a la Carta Democrática Interamericana como el eje para la interpretación auténtica y vinculante de la Carta de la OEA y de la misma Convención Americana de Derechos Humanos, el principio de la No Intervención se fisura de un modo definitivo. Varía la naturaleza clásica y absoluta de la idea de la soberanía del Estado, transformándola en competencia, en deber activo que encuentra su fuente mediata en las normas de orden público de la Carta de San Francisco de 1945⁵².

⁵² *Código de Derecho Internacional...*, cit., p.240.

Al consagrarse a la democracia como derecho de los pueblos que los gobiernos han de garantizar y al adoptarla como expresión de nuestro patrimonio intelectual judeocristiano, salvo que se renuncie a este y se acepte su cabal deconstrucción, mal cabe la invitación hecha por los gobiernos de China y de Rusia para que, juntos, promovamos una “democracia genuina”. Ambas arguyen que “tienen tradiciones de larga data de democracia que se basan en miles de años” y que mal pueden aceptar que los valores de la democracia se sobrepongan al dogma de los asuntos internos.

Sírvanse, al efecto y para concluir, las reflexiones del Papa Emérito recientemente fallecido, Cardenal Joseph Ratzinger, último albacea de la civilización que nos acompaña y al caso le ofrece fundamento teleológico a la relectura que de la democracia hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-28/21:

“El cristianismo, pese a sus deformaciones, no ha situado en lo político su mesianismo”, sino que ha dejado lo político en la esfera de la racionalidad ética. “La democracia es un producto de la fusión de la herencia griega y cristiana y, por eso mismo, no puede sobrevivir si no está inmersa en ese contexto que la fundamenta”. De este modo, un sistema democrático “únicamente puede funcionar si ciertos valores de fondo (llamémosles ‘derechos humanos’)” se reconocen como válidos por todos y se sustraen a la decisión de la mayoría. En otras palabras, un sistema democrático puramente formal no funciona”⁵³, concluye.

BIBLIOGRAFÍA

“Informe sobre los límites a la reelección” (Parte I – Presidentes), aprobado por la Comisión de Venecia en su 114ª Sesión Plenaria, 16 y 17 de marzo de 2018.

Asdrúbal Aguiar, “Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial sobre la democracia. Teoría de la coherencia funcional”, *Revista de Derecho Público*, 161-162, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, enero-junio 2020 y *Revista de Derecho Constitucional*, N°16, Universidad del Salvador/IJ Editores, Buenos Aires, abril 2021.

Asdrúbal Aguiar, “El derecho a la democracia en la jurisprudencia interamericana”. Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, *Anales*, Año LI, Segunda Época, Número 44, 2006.

⁵³ Vid. Eugenio Yáñez Rojas, “Reflexiones del Cardenal Joseph Ratzinger sobre la democracia: Un análisis a partir de su obra Verdad, Valores y Poder”, Santiago de Chile, *Communio UGM*, N° 5, 2001.

Relectura del derecho a la democracia: el pluralismo y la alternancia en el poder como sus garantías
ASDRÚBAL AGUIAR

Asdrúbal Aguiar, “En Ucrania se decide el choque de civilizaciones”, en *Papel Literario*, Caracas, Diario El Nacional, 19 de febrero de 2023

Asdrúbal Aguiar A., *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, Miami Dade College, 2017, pp. 160 y ss.

Asdrúbal Aguiar, *Código de derecho internacional: Estudio preliminar y normas básicas*, Caracas, UCAB / Editorial Jurídica Venezolana, 2021, pp. 243-262; asimismo, “Relectura deconstructivista del Derecho internacional en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Público*, 163-164, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, julio-diciembre 2020.

Asdrúbal Aguiar, *Digesto de la democracia* (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2014), Colección Derecho Público Iberoamericano N°2, Buenos Aires/Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

Asdrúbal Aguiar, *La democracia del siglo XXI y el final de los Estados*, Caracas, La Hoja del Norte, 2014.

Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York, W. W. Norton, 2003.

Gabriel Gosselin y Anne Van Haecht (La réinvention de la démocratie: Ethnicité et nationalismes en Europe et dans le pays du Sud, Paris, Editions L’Harmattan, 1994).

In extensu, Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia*, Colección de Estudios Políticos N° 87, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

José Manuel Robles, *Ciudadanía digital: Una introducción a un nuevo concepto de ciudadano*, Barcelona, España, Editorial UOC, 2009.

La Corte Federal Constitucional de Alemania declaró la inconstitucionalidad del voto electrónico. *Vid.* Julio Téllez Valdés, “Anotaciones sobre la inconstitucionalidad del voto electrónico en Alemania”, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 277-284.

Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*, Vol. 2: Teoría de la democracia, Editorial Trotta, 2011.

Relectura del derecho a la democracia: el pluralismo y la alternancia en el poder como sus garantías
ASDRÚBAL AGUIAR

Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2001.

PNUD, *La democracia en América Latina, Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*, Nueva York/Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004, p. 31.

Oswaldo Hurtado, *Dictaduras del siglo XXI*, Madrid, Debate, 2021.

Shoshana Zuboff, *The Age of The Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at New Frontier of Power*, New York, Public Affairs, 2019.

Vid. Eugenio Yáñez Rojas, “Reflexiones del Cardenal Joseph Ratzinger sobre la democracia: Un análisis a partir de su obra *Verdad, Valores y Poder*”, Santiago de Chile, *Communio UGM*, N° 5, 2001.

Vid. Web, Declaración conjunta de la Federación de Rusia y la República Popular China sobre las relaciones internacionales hacia una nueva era y el desarrollo sostenible mundial, Pekín, febrero 4, 2022.

La advertencia de Kelsen: entre derechos humanos asfixiantes y tribunales insoportablemente poderosos

*Miguel Ángel Córdova Álvarez**

Resumen

La indeterminación de los derechos humanos empodera a los tribunales. Esto puede salir muy bien o muy mal. Si los tribunales son diferentes al legislador y conciben a los derechos humanos como límites y vínculos, se limitarán al controlar la constitucionalidad de la ley y todo irá bien; pero si los tribunales son activistas, concebirá a los derechos humanos como un límite a la deliberación democrática e impondrán sus convicciones morales como norma a través del control judicial. Y eso no es bueno. Desde esta perspectiva, abordaré las relaciones de los derechos humanos con el ordenamiento jurídico, la interpretación y constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

Kelsen's warning: between stifling human rights and unbearable powerful courts

Abstract

Human rights empower courts. This is a consequence of its open texture, but it can be very good or bad. If courts show deference to legislature and look at human rights as norms imposing limits and duties, they will show self-restraint when performing judicial review and things will be good; but if courts take the activist lane, they'll see humans rights as a limit to democratic deliberation and will impose their moral convictions as law through judicial review.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana; Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Cristóbal Colón; y Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales, por la Universidad de Castilla-La Mancha.

Résumé

L'indétermination des droits de l'homme donne du pouvoir aux tribunaux. Cela peut être très bénéfique ou très préjudiciable. Si les tribunaux se distinguent du législateur et considèrent les droits de l'homme comme des limites et des liens, ils se limiteront au contrôle de la constitutionnalité des lois et tout ira bien. Mais si les tribunaux sont des activistes, ils considéreront les droits de l'homme comme une limite à la délibération démocratique et imposeront leurs convictions morales comme norme par le biais du contrôle judiciaire. Et cela n'est pas bon.

Dans cette perspective, j'aborderai les relations entre les droits de l'homme et l'ordre juridique, ainsi que l'interprétation et la constitutionnalisation du droit international des droits de l'homme.

Mots clés: Kelsen, tribunaux, constitutionnalité, pyramide, interprétation.

INTRODUCCIÓN

Desde que Kelsen teorizó al ordenamiento jurídico como una cadena descendente de creación normativa, presentó sus reservas con las normas sustantivas de rango constitucional¹. En 1929 sostuvo que la constitución debe abstenerse de ese género de fraseología, y que los principios relativos al contenido de las leyes deben formularse de la manera más precisa posible². Da Silva Moreira denomina a estas reservas como *la advertencia de Kelsen*³.

La advertencia se proyecta sobre los principios de justicia y derechos humanos reconocidos en la constitución; aquí me ocuparé sólo de los derechos humanos. Y es que, en manos de los tribunales, los derechos humanos se convierten en una herramienta que puede convertirlos en un órgano estatal insoportablemente poderoso. Esto obedece a que –vía interpretativa– los tribunales determinan el contenido de los derechos humanos, y luego usan esas interpretaciones como vara de medir para controlar la constitucionalidad de las leyes.

Entonces, existe el riesgo de que los tribunales tengan una idea de los derechos incompatible con la de la mayoría de la población, o de la del legislador⁴. Y es que cuando los tribunales controlan la constitucionalidad de alguna ley, lo que va a prevalecer es *lo que los tribunales digan que los derechos humanos son*. Esto asfixia los procesos de deliberación democrática. En este sentido, tomarnos en serio la advertencia de Kelsen puede evitar que los derechos humanos se vuelvan arcilla en manos de los jueces.

Sin embargo, cuando las constituciones incorporan el derecho internacional de los derechos humanos se afirman cosas como que *Kelsen ha sido superado*. Otros, más generosos, dicen que *su teoría de la pirámide normativa ha recibido un golpe mortal*⁵. Y tiene sentido. Quienes se ocupan de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos favorecen una teoría marcadamente antipositivista,

¹ Hans Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p. 81.

² Kelsen. *La garantía...*, 81.

³ Alberto Da Silva Moreira. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley y en el Estado Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 29.

⁴ Kelsen. *La garantía...*, p. 80.

⁵ Néstor Pedro Sagüés. *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2016, p. 316.

sustancialista, casuística, judicialista, y axiologista⁶. Por esta razón, quedan deslumbrados por el poder judicial, y le encomiendan una empresa permanente de perfeccionamiento del orden jurídico a partir de las normas de derechos humanos⁷.

Esto provoca dos fenómenos: 1) que los derechos humanos funcionen como la vara de medir con la que tribunales evalúen la validez del orden jurídico; y 2) todo el derecho –incluida la constitución– queda sujeto a un permanente análisis de compatibilidad con los derechos humanos, pero ya no solo por razones jurídicas sino por las razones morales o políticas de los tribunales⁸.

Por lo anterior, a la luz de la advertencia de Kelsen, analizaré las relaciones de los derechos humanos con el ordenamiento jurídico, con la interpretación y con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. A estas variables subyacen dos hilos conductores: el valor normativo de los derechos humanos, y el rol del poder judicial en la aplicación de los derechos humanos.

KELSEN Y EL ORDINAMIENTO JURÍDICO

1. La teoría pura del derecho puede dar cuenta de las normas de derechos humanos de fuente internacional y constitucional

La teoría del ordenamiento escalonado –la pirámide normativa, pues– forma parte de la teoría pura del derecho. Ésta es una teoría que describe y explica el derecho positivo, al margen de preferencias políticas y morales⁹.

Esta depuración ideológica está en el método de la teoría y no en su objeto; por eso se llama teoría pura del derecho y no teoría del derecho puro. Y su propósito es evitar que el discurso teórico se convierta en una prescripción de cómo debe ser el derecho positivo, o en un discurso justificatorio del derecho positivo. Pero la depuración ideológica ocurre a nivel teórico, no a nivel jurídico-positivo. Entonces, las

⁶ Josep Aguiló Regla y Rodolfo Vigo. *Fuentes del derecho. Dos visiones*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 13.

⁷ Bernd Rüthers. *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 85 y ss.

⁸ Andrés Rosler. *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz, Buenos Aires, 2019, p. 138 y ss.

⁹ Hans Kelsen. *General Theory of Law and State* (Cambridge: Harvard University Press, 1945), xiii.

normas constitucionales e internacionales de derechos humanos no son incompatibles con la teoría pura del derecho.

A Kelsen no le encantaba la idea de tener derechos humanos en la constitución. Pero ese rechazo no tenía que ver con los derechos humanos, sino con las disposiciones que los reconocen; por eso, desde 1929 sostuvo que cuando las constituciones establecen principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible¹⁰.

Esto obedece a que las normas sustantivas abren la puerta a que el tribunal constitucional convierta sus convicciones morales en derecho cuando interprete los derechos humanos. Así, las normas constitucionales sustantivas –como los derechos humanos– no eran santo de la devoción de Kelsen. Pero eso no significa que las ignorara.

Por lo tanto, no es cierto –como afirma Vigo– que Kelsen se negara a reconocer en su teoría la existencia de normas sustantivas en la constitución¹¹; o que la teoría kelseniana del derecho está en bancarota porque no sirve para dar cuenta de las normas constitucionales que reconocen derechos humanos¹². Tampoco es cierto que el rechazo a normas constitucionales sustantivas fuera necesario para la congruencia de la teoría pura del derecho, en el sentido de que implicaría la introducción de la moral en el derecho¹³.

Kelsen era formalista, no ciego. Los derechos humanos estuvieron presupuestados desde La garantía jurisdiccional de la constitución. Por esa razón, la teoría pura del derecho está en condiciones de dar cuenta de los derechos humanos –de fuente constitucional e internacional–, y de describir sus relaciones con el ordenamiento jurídico, la interpretación y la convencionalización de la constitución.

2. Las normas de contenido sustantivo (derechos humanos) en la teoría pura del derecho

¹⁰ Kelsen. La garantía..., p. 80.

¹¹ Regla y Vigo. Fuentes..., p. 15.

¹² Rodolfo Luis Vigo. De la ley al derecho (México: Porrúa, 2012), 92.

¹³ Regla y Vigo. Fuentes..., p. 15.

Para Kelsen el orden jurídico es una cadena de autorizaciones, de arriba hacia abajo. Esa cadena empieza en la constitución y acaba en la norma individualizada; de este modo, el derecho se ordena en diferentes niveles de normas jurídicas.

Kelsen siempre fue consciente de que una constitución podía ser regla de procedimiento y regla de fondo. Por eso, las leyes –para ser válidas– deben elaborarse de conformidad con el procedimiento prescrito por la constitución; y su contenido debía ser compatible con las normas sustantivas de rango constitucional –especialmente los derechos humanos–. Así, el legislador tiene el deber de no exceder los límites formales y sustantivos establecidos por la constitución, mediante reglas de procedimiento y fondo¹⁴.

Esta primera formulación coloca a la constitución en la cúspide de la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico, porque dispone las normas conforme a las que se deben producir las leyes. Éstas regulan el procedimiento de creación y el contenido de otro tipo de actos normativos y así sucesivamente.

En la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*¹⁵, Kelsen formula la idea del ordenamiento escalonado en torno a la *dinámica del derecho*. Así, del hecho de que sean normas jurídicas las que regulen –en su totalidad– el procedimiento de creación de otras normas y –con intensidad variable– el contenido de las normas creadas se desprende que las normas jurídicas no se crean, ni tienen eficacia, por arte de magia. Es necesario que un órgano competente para crear derecho aplique las normas que regulan la producción de nuevo derecho y, de esa manera, puedan existir nuevas normas jurídicas.

De este modo, el orden jurídico se estructura de manera jerárquica, como si fuera una pirámide. Las normas que regulan la forma y el contenido de la creación se ubican en un escalón superior; y las normas creadas conforme a esas normas están en un escalón inferior¹⁶.

¹⁴ Kelsen. La garantía..., p. 23.

¹⁵ Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (Madrid: Trotta, 2011).

¹⁶ Kelsen. *Teoría pura del Derecho...*, p. 90.

En la *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen desarrolla con mayor detalle la dimensión procedimental y de fondo de los procesos de creación de normas¹⁷. Así, la dimensión procedimental define al órgano que puede crear la norma y las reglas conforme a las que ésta debe ser creada; mientras que la dimensión sustantiva determina el contenido de la norma creada.

Si la constitución sólo determina al órgano creador, eso significa que le reconoce un ámbito de discreción para determinar el proceso de creación y el contenido de la norma. Entonces, la facultad de crear derecho siempre es la consecuencia de una norma jurídica que autorice a alguien la creación de nuevas normas. Por eso, quien decida legislar invocando la autoridad de su sensatez, su buena conciencia, o su sabiduría, no puede considerarse un órgano creador de derecho a menos que una norma le reconozca ese carácter¹⁸.

En todo caso, será una persona muy razonable o bienintencionada. Pero no una autoridad creadora de derecho.

Por cuanto al fondo, la relación de obligatoriedad de las normas que regulan la creación de normas con el acto de creación normativa tiene distintos grados. Si es demasiado débil, deja demasiado en manos del legislador y, posteriormente, en la del tribunal constitucional; pero si es demasiado fuerte, ata las manos del legislador y asfixia su función como autoridad creadora y creativa de derecho¹⁹.

Este rasgo de las normas constitucionales sustantivas incomodaba a Kelsen. Esto obedece a que es difícil controlar el grado de vinculación que ejercerán sobre la producción legislativa y, en cualquier caso, ese grado lo determinará el tribunal constitucional. Por último, es en la *Teoría General de las Normas*, donde la teoría del ordenamiento escalonado alcanza sus últimos niveles de desarrollo²⁰. En esta obra esquematizó las relaciones de las normas sustanciales superiores con las normas inferiores.

¹⁷ Kelsen. *General theory...*, 133.

¹⁸ Kelsen. *General theory...*, 133.

¹⁹ Kelsen. *General theory...*, 134.

²⁰ Hans Kelsen. *Teoría general de las normas* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 270.

Así, la norma inferior es válida cuando su contenido concuerda con el de la norma superior²¹; o cuando el concepto de la inferior puede subsumirse en el concepto contenido en la norma superior²². Esto deja abierta una esfera de discrecionalidad legislativa, en el sentido de que las normas superiores que establecen contenidos normativos obligatorios no determinan en su totalidad el contenido de las normas inferiores.

De esto se desprende que, para que una norma inferior sea válida, basta con que exista una relación de concordancia –o al menos que no exista abierta incompatibilidad– entre la norma superior que establece contenidos normativos obligatorios y el contenido de la norma inferior; o, en su caso, que el contenido de la norma inferior quepa en el molde de la norma superior.

Por tanto, para Kelsen, los derechos humanos condicionan la validez de la actividad legislativa; pero no cancelan –por asfixia– su calidad como autoridad creadora y creativa de derecho.

LA INTERACCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON EL ORDINAMIENTO JURÍDICO ESTÁ CONDICIONADA POR LA FUERZA NORMATIVA QUE LES ASIGNEN LOS JUECES

Regresar, casi 100 años después, a la advertencia de Kelsen tiene una explicación: que no tuvo éxito. Hoy las constituciones están llenas de *fraseología constitucional*. Están llenas de normas que reconocen derechos humanos, y ahora además constitucionaliza el derecho internacional de los derechos humanos; es decir de disposiciones con contenidos normativos de linaje moral²³.

Este es el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁴, y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁵, que incorporan –por mandato constitucional– las normas de

²¹ Kelsen. Teoría general..., 274.

²² Kelsen. Teoría general..., 275.

²³ Luigi Ferrajoli. “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en Una discusión sobre el constitucionalismo (Madrid: Marcial Pons, 2012); Vigo. De la ley al derecho..., 88.

²⁴ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

derechos humanos de fuente internacional a la constitución material. En este sentido, los artículos 1 y 19 de estas constituciones –respectivamente– establecen una regla de reconocimiento de las fuentes de los derechos humanos que, al tener forma constitucional, ubica a los derechos humanos en la cúspide de la pirámide normativa con independencia de si su fuente es constitucional o internacional.

Desde esa posición de supremacía normativa, los derechos humanos interactúan con el resto del ordenamiento jurídico. Por tanto, determinan –en mayor o menor medida– el contenido normativo del resto del ordenamiento jurídico; pero el grado de influencia que ejerzan sobre las normas infra-constitucionales no depende de su precisión o imprecisión semántica²⁶; sino de la concepción judicial de los derechos.

Así, pueden funcionar como límites y vínculos a la actividad legislativa que –de no ser respetados– provocan lagunas y antinomias²⁷; o como un programa normativo completo, que el legislador debe ejecutar correctamente bajo la vigilancia del tribunal constitucional²⁸. La primera es una función vinculante, y la segunda es una función asfixiante. Veámoslas.

1. Cuando los derechos humanos desempeñan una función legitimadora del Estado, tienen una función vinculante

Cuando los derechos humanos gozan de reconocimiento constitucional, imponen obligaciones al poder legislativo. Estas obligaciones son correlativas a la estructura normativa de los derechos humanos, en tanto que constituyen expectativas de protección y no lesión²⁹.

²⁵ Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

²⁶ Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta-UNAM, 2009), 32.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris 1. Teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2011), 535.

²⁸ Juan Antonio García Amado. “Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022), doi: <https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21658>; Ernst-Wolfgang Böckenforde. *Constitutional and Political Theory. Selected Writings* (Nueva York: Oxford University Press, 2017), 258.

²⁹ Luigi Ferrajoli. “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2009), 19.

Así, el legislador no puede expedir leyes que sean contrarias a los derechos humanos y no puede dejar de expedir las leyes que sean necesarias para la efectividad de esos derechos. En el primer caso, cuando existe una ley indebida, se genera antinomia³⁰; en el segundo, cuando falta una ley necesaria, existe una laguna³¹.

Las antinomias tienen distintas formas, pero detallar sus modalidades excede el propósito de este trabajo. Aquí basta con señalar que existe una antinomia cuando una ley es incompatible por razones de contenido con una norma que reconoce derecho humano de rango constitucional, sin importar si ese derecho es de fuente constitucional o convencional.

En ese caso, la norma tiene vicios de fondo que pueden conducir a una declaración de invalidez material. Así, los derechos humanos establecen un límite insuperable para la actividad legislativa; y cuando el legislador no respeta ese límite, la jurisdicción de constitucionalidad está en condiciones de declarar la invalidez de esa ley.

Por otra parte, en materia de derechos humanos, las lagunas implican la ausencia de una ley que debe existir; es decir, de una norma constitucionalmente necesaria para la efectividad de un derecho³².

Esta ausencia normativa no puede ser subsanada por un tribunal porque su función no es dirigir la orquesta al legislador. Ni siquiera en nombre de los derechos humanos; eso sería una reforma legal, impulsada jurisprudencialmente, conforme a lo que el tribunal considera que sería una mejor regulación.

Esta visión no desconoce la dimensión creativa de la legislación. Por tanto, corresponde al poder legislativo colmar la laguna existente dentro del margen de lo que es constitucionalmente aceptable. Porque los derechos humanos no establecen un proyecto normativo acabado, sino el contenido mínimo sustancial que el legislador –y el resto del Estado– debe respetar al desarrollar sus funciones, de modo que sólo delimitan la esfera de lo que debe decidirse y de lo que no debe decidirse³³.

³⁰ Ferrajoli, *Principia iuris...*, 535.

³¹ Ferrajoli, *Principia iuris...*, 535.

³² Ferrajoli, obra citada, p. 644 y ss.

³³ Ferrajoli, obra citada, p.773 y ss.

2. Cuando los derechos humanos deben ser ejecutados por el legislador, bajo inspección judicial, tienen una función asfixiante

Cuando los derechos humanos tienen una función vinculante actúan como el piso mínimo sobre el que el legislador construye el edificio del Estado de derecho, dentro de los márgenes de libre configuración normativa que la constitución le reconoce. Pero también es posible entenderlos como un proyecto normativo acabado. Como si fueran un techo.

Aquí los derechos humanos imponen obligaciones legislativas específicas; de modo que corresponde al tribunal constitucional velar que las leyes constitucionalmente deficientes no frustren el contenido sustantivo que protegen los derechos humanos³⁴. Esta visión reduce considerablemente el margen de configuración legislativa, y puede llegar a volver ilusoria la dimensión creativa de la legislación.

Aquí el legislador ya no sólo está obligado a legislar desde una perspectiva de derechos humanos; esto es, abstenerse de expedir leyes contrarias a los derechos y expedir las leyes necesarias para hacerlos efectivos. Ahora, el grado de sujeción del legislador a los derechos humanos es tal que simplemente debe ejecutar el contenido jurídico que –en virtud del status normativo de éstos– está obligado a expedir.

Cuando esto pasa, los derechos funcionan como un huevo jurídico³⁵ del que surgen causales excluyentes de responsabilidad penal, las formas en que debe regularse el matrimonio civil, y hasta las leyes de organización del parlamento.

Desde esta concepción, todo el ordenamiento jurídico ya está contenido en los derechos humanos. Y al legislador simplemente le corresponde definir lo que ya está decidido por lo que disponga la constitución y los tratados que reconozcan derechos humanos³⁶. Pero esto produce fatales dos consecuencias.

La primera es que el legislador pierde su status como autoridad creadora –y creativa– del derecho, para transformarse en un mero ejecutor de la constitución. La segunda es que el poder judicial –y

³⁴ García Amado, obra citada; Böckenforde, obra citada, p. 258.

³⁵ Ernst Forsthoff, *El Estado de la Sociedad Industrial* (Madrid: Civitas, 1975), 241 y ss.

³⁶ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 513 y 514.

especialmente las altas cortes, y los tribunales constitucionales— dejan de ser meros aplicadores del derecho (¿alguna vez lo han sido?) para convertirse en vigilantes de la adecuada ejecución legislativa de los derechos humanos³⁷.

Esto ocurre a través de un control judicial que ya no se limita a analizar la compatibilidad entre ley y derechos humanos, sino que verifica que el legislador entendió correctamente lo que éstos significan³⁸.

Bajo esta concepción, los derechos humanos ya no vinculan, sino que asfixian.

LA INTERACCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON LA INTERPRETACIÓN

Los derechos humanos son normas de máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia, y de máxima indeterminación³⁹. Esto exige una labor de concreción normativa a través del razonamiento moral que —por la apertura de las disposiciones que reconocen derechos humanos—⁴⁰ facilita que los tribunales saquen agua de las piedras y hagan que los derechos humanos digan cosas muy lejanas al texto que los reconoce⁴¹. O peor, que digan cosas que su texto no reconoce.

En este contexto es posible identificar —al menos— dos problemas en la aplicación judicial de los derechos humanos: 1) La falta de significado concreto de las disposiciones de derechos humanos provoca que sea el juez o jueza constitucional quien determine —unilateralmente y desde sus convicciones— el contenido normativo específico⁴²; 2) la ampliación ad infinitum de la discrecionalidad judicial que facilita la ventriloquía judicial de los derechos humanos⁴³.

³⁷ García Amado, obra citada; Böckenforde, obra citada, p. 258.

³⁸ García Amado, obra citada.

³⁹ Robert Alexy, obra citada, p. ales”, 32.

⁴⁰ Fernando Atria. *La forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 67 y ss; Luis Prieto Sanchís. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 29-35.

⁴¹ Manuel Atienza. Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho (Buenos Aires: Astrea, 2021), 45; Juan Antonio García Amado. “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 238; Da Silva Moreira, obra citada, p. 84.

⁴² Atria, obra citada, p. 276.

⁴³ García Amado. “Derechos y Pretextos”, 244.

En este sentido, si la interacción de los derechos humanos con el resto del ordenamiento está condicionada por su fuerza normativa y por la concepción que de ésta tengan los tribunales; la interacción de los derechos con la interpretación está asociada directamente a la apertura e imprecisión de las disposiciones que los reconocen. Esto es, a la advertencia de Kelsen sobre la fraseología constitucional.

1. La indeterminación de las normas de derechos humanos hace que los tribunales determinen su contenido normativo específico

La falta de contenido normativo específico de las normas de derechos humanos es una consecuencia de su *indeterminación*. Esta característica hace que expresan conceptos que no sirven para resolver conflictos jurídicos, por lo que el tribunal constitucional debe completar el concepto normativo *con su propia concepción* a partir de lo que considere que proporciona la mejor respuesta desde la perspectiva judicial⁴⁴.

Esa concepción –cualquiera que sea– no está en la constitución⁴⁵. Por tanto, el tribunal tiene mucha discreción para dotar de contenido normativo específico el concepto constitucional que consagra el derecho humano en cuestión, y esto implica que tome partido en la escala moral –por el liberalismo o por el conservadurismo–⁴⁶.

Así, los jueces y juezas construyen concepciones normativas a partir de sus convicciones personales; y desde éstas aplican los conceptos constitucionales consagrados por los derechos humanos.

Pero esa no es la función de los tribunales. La función de un tribunal es aplicar las normas vigentes –aunque éstas sean imperfectas desde la perspectiva de los miembros del tribunal– a la luz del texto y la estructura que las reconoce, y del propósito que puede desprenderse razonablemente de éstos. Mirar convicciones morales y las consecuencias políticas que servirían mejor a la sociedad corresponde al poder legislativo⁴⁷. Esto explica las reservas de Kelsen con las normas constitucionales sustantivas. Porque

⁴⁴ Edward Whelan. “The Presumption of Constitutionality”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 4 (2019); Prieto Sanchís. *El constitucionalismo de los derechos...*, 29.

⁴⁵ Atria. *La forma del Derecho...*, 276.

⁴⁶ Atria. *La forma del Derecho...*, 277.

⁴⁷ Neil Gorsuch. *A Republic. If You Can Keep It* (Nueva York: Crown Forum, 2019), 48 y ss.

pueden convertirse en una fórmula para la incertidumbre jurídica, y para la juristocracia. Y es que la misma disposición puede significar no solo cosas distintas sino hasta contradictorias. Todo depende de la posición política desde la que se interpreten los derechos⁴⁸.

Por eso el mismo texto normativo puede producir líneas jurisprudenciales contradictorias. Porque, al tener que tomar partido en el terreno moral, el tribunal se convierte en un agente activo de cierta corriente política.

De este modo, así como en un momento determinado –y con una cierta integración– un tribunal juega en la esquina de los derechos humanos, nada impide que con el paso del tiempo empiece a jugar en la esquina contraria⁴⁹. Primero fue *Roe vs. Wade*, y luego *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*.

2. La indeterminación de las normas de derechos humanos hace que los tribunales practiquen ventriloquía judicial

A las dificultades técnicas para determinar el contenido normativo de los derechos humanos se suman dificultades interpretativas. En efecto, ¿cuál es el objeto de la interpretación? ¿Será el texto de la norma o la intención del legislador? Y si busca intenciones, ¿buscará la del legislador originario o hará una interpretación evolutiva?

El significado de la norma de derechos humanos puede ser amplio o restringido; todo depende del objeto de la interpretación y del método interpretativo⁵⁰. Esta libertad interpretativa facilita que los tribunales conviertan a los derechos humanos en un objeto de fetiche y los usen para resolver todo tipo de conflictos jurídicos, cuando su función no es esa⁵¹. A esta tendencia subyace una suerte de fundamentalismo de los derechos humanos.

⁴⁸ Atria. *La forma del Derecho...*, 284.

⁴⁹ Rosler. *La ley es la ley...*, 152.

⁵⁰ V. Steven D. Smith. "What does Constitutional Interpretation Interpret" en *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, ed. por Grant Huscroft, (Nueva York: Cambridge University Press, 2008); Aharon Barak. *Purposive Interpretation in Law* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2007).

⁵¹ Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights. A radically moderate approach* (Nueva York, Cambridge University Press, 2019), 11 y ss.

Éste consiste en concebir a los derechos humanos como un compilado de respuestas correctas a cada pregunta jurídica habida y por haber; y como el alfa y omega de todos los problemas de un Estado de Derecho⁵². Por su indeterminación, esas respuestas las dan los jueces –particularmente los del tribunal constitucional– quienes actúan como custodios del contenido normativo de los derechos humanos, y desde esa posición imponen sus misteriosos conocimientos –como sacerdotes constitucionales– como fuente de derecho⁵³.

Como consecuencia, el catecismo constitucional se convierte en verdad. Y entonces los jueces y juezas son capaces de encontrar respuestas en los derechos humanos aunque las normas que los reconocen no digan nada al respecto.

Por ejemplo, un Juzgado de Distrito en Puebla, México resolvió que las normas que reconocen el matrimonio y el concubinato son discriminatorias y estigmatizantes porque limitan esas relaciones a dos personas. Esto excluye a las relaciones compuestas por más de dos personas de forma simultánea, comúnmente conocidas como poliamor⁵⁴.

Para concluir esto, el juzgado acudió a las normas constitucionales que prohíben la discriminación y que reconocen el derecho a fundar una familia; pero esas normas no definen el número de personas que caben en un matrimonio o en una relación de concubinato. Fue el juzgado quien decidió si el matrimonio y el concubinato podían ser más de dos.

⁵² Jonathan Rauch. *Kindly Inquisitors* (Chicago: University of Chicago Press, 2013), 100.

⁵³ Alfonso García Figueroa. “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 17 (2019) 358-376.

⁵⁴ Juicio de amparo 1227/2020, sentencia del veintiuno de mayo de dos mil veintiuno del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla, México. Disponible en http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3457/3457000027456273008.pdf_1&sec=Joaqu%C3%ADn_Ram%C3%ADrez_Guzm%C3%A1n&svp=1.

La advertencia de Kelsen: entre derechos humanos asfixiantes y tribunales insoportablemente poderosos
MIGUEL ÁNGEL CÓRDOVA ÁLVAREZ

Este es un ejercicio de ventriloquía judicial⁵⁵. Porque el juzgado hizo que la norma dijera lo que textualmente no dice, y a partir de ahí elaboró consecuencias jurídicas específicas –la inaplicación al caso concreto, en este asunto–. Todo en nombre de los derechos humanos.

LA INTERACCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Además de las normas de derechos humanos de fuente constitucional, ahora las constituciones incorporan la de fuente internacional. Esto crea un conjunto normativo ampliado de normas de derechos humanos, que se integra por las normas de derechos humanos de fuente constitucional e internacional. A este bloque se le conoce, generalmente, como bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad constitucional.

Como las constituciones ocupan la cúspide de la jerarquía normativa, la validez de todos los actos normativos infraconstitucionales está condicionada a que sean compatibles con el bloque de constitucionalidad.

Así, convencionalidad y constitucionalidad no son dos parámetros separados. La apertura al derecho internacional de las constituciones sólo amplía el parámetro de regularidad constitucional.

Pero la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos genera una interacción normativa que Kelsen no previó; es decir, la potencial contradicción entre normas de fuente constitucional y normas de fuente internacional *que también son constitución*. Estas *antinomias intraconstitucionales* tienen que resolverse de algún modo.

Las soluciones que la doctrina ha propuesto para resolverlas exacerban el poder de los tribunales. Éstas implican problemas de indeterminación normativa, cambio constitucional, de autodeterminación democrática, y de contrabando de normatividad.

⁵⁵ Esta expresión es propia de Moisés Montiel. Véase en <https://twitter.com/MoisesMontielM/status/1560712417222561793>.

Esto se acerca muchísimo a la idea de tribunales insoportablemente poderosos a los que Kelsen tenía tantas reservas; y, nuevamente, esto es facilitado por la fraseología que permea las normas de derechos humanos.

1. Mucha convencionalidad, pero poco compromiso con los derechos humanos

La idea de la constitución convencionalizada, como constitución depurada de normas *radicalmente opuestas* a la CADH y a la jurisprudencia interamericana, suena muy bien⁵⁶. En teoría, ya no habría antinomias intraconstitucionales que le hagan sombra a los derechos de fuente internacional. Pero esto no deja claro *cuáles serían* las normas constitucionales que serán objeto de depuración, más allá de los blancos habituales de la jurisprudencia interamericana.

¿Qué tan inconvencional tiene que ser una norma constitucional para considerarla radicalmente inconvencional? ¿La inconvencionalidad ordinaria es tolerable, pero la radical no? ¿Hay, entonces, inconvencionalidades aceptables y otras inaceptables?

Esto sugiere que el compromiso con los derechos humanos no es tan fuerte como aparenta la constitución convencionalizada, y se tolera –bastante más de lo que se admite– la existencia de normas constitucionales inconvencionales. Si solo hay que depurar las normas radicalmente inconvencionales, entonces la mera inconvencionalidad es aceptable. Sólo se censura lo insoportablemente inconvencional, pero la mera inconvencionalidad vive cómodamente en la constitución convencionalizada.

De este modo, condicionar la depuración de inconvencionalidades a un umbral de incompatibilidad tolera el menoscabo a la efectividad de los derechos humanos. Pero *sólo un poquito, o en una medida aceptable*.

2. El sacrificio de la democracia en el altar de la judicatura, y el fraude a la reforma constitucional

En una constitución convencionalizada, las normas radicalmente inconvencionales se adecúan al derecho internacional de los derechos humanos mediante interpretaciones aditivas, sustractivas o mixtas

⁵⁶ Néstor Pedro Sagüés. La constitución bajo tensión (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 398.

del contenido constitucional. La vara de medir es la jurisprudencia y los tratados internacionales del sistema interamericano⁵⁷.

Esto significa que es el poder judicial quien depura la constitución de normas inconvenientes, quien define los umbrales de compatibilidad e incompatibilidad convencional, y quien pone o quita contenido normativo a la constitución.

Entonces, el procedimiento de reforma constitucional se queda de adorno; al menos para los asuntos relativos a los derechos humanos. Y cómo éstos son expansivos –Jamal Greene los llama virales⁵⁸, cualquier asunto puede transformarse en un asunto de derechos humanos. Por tanto, la constitución queda –básicamente– en manos de los tribunales.

Así, el poder judicial quita y pone normas constitucionales; todo desde su catecismo derecho humanístico⁵⁹. Eso es tanto como orquestar un franco atentado a la democracia y un fraude al proceso de reforma constitucional.

3. Riesgo de imperialismo derecho humanístico, y déficit técnico de las normas constitucionales

Las normas de una constitución convencionalizada fluctúan en función de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado, y de la jurisprudencia interamericana. Esto deja a la constitución en deuda permanente con el último grito de la moda interamericana.

Pero el contenido constitucional no puede estar predeterminado por la jurisprudencia derecho-humanística, porque en los derechos humanos no vamos a encontrar la solución a todos los problemas. Y, en este sentido, hay dos riesgos.

El primero es que la jurisprudencia interamericana asfixie la deliberación democrática para crear normas constitucionales. Ya sea porque los congresos nacionales se conviertan en un mero traductor de jurisprudencia interamericana en normas constitucionales, o porque se piense que lo que venga del sistema interamericano es más valioso, o mejor, que lo que pueda salir del debate democrático nacional.

⁵⁷ Sagüés. *La constitución bajo tensión...*, 398.

⁵⁸ Jamal Greene. *How Rights Went Wrong. Why our obsession with rights is tearing America apart* (Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2021).

⁵⁹ García Figueroa. “Feminismo de Estado”.

En efecto, la pretensión de universalidad de los derechos humanos de fuente internacional no puede convertirse en uniformidad constitucional⁶⁰.

De otra forma, la universalidad de los derechos humanos se transforma en imperialismo judicial desde los derechos humanos. Pues si el contenido constitucional está predeterminado por la jurisprudencia interamericana, la autodeterminación democrática sufre un déficit porque la constitución se vuelve un loro jurídico que sólo repite criterios interamericanos.

El segundo riesgo es tratar de encontrar soluciones a toda clase de problemas en las normas internacionales de derechos humanos, cuando su función no es esta⁶¹. Esto adquiere otro nivel de gravedad al confiar esta labor a los tribunales. Y es que, desde la doctrina del control de convencionalidad, se aspira a predeterminar el contenido del derecho nacional a pesar de que los tribunales no están diseñados para crear normas generales⁶². La jurisprudencia puede usarse como punto de partida para la construcción de normas generales. Pero nunca como impronta para diseñar *normas constitucionales*.

4. La constitución convencionalizada y el contrabando de normatividad constitucional

En una constitución convencionalizada, los derechos humanos son el puente que comunica el derecho y la moral. Y como los tribunales son quienes protegen los derechos, son éstos quienes deciden *qué moral y qué tanta información ingresa* a la constitución a través de los derechos humanos.

Vigo sostiene que hay más derecho que el que reconocen las fuentes formales del derecho. La puerta a ese derecho etéreo son los derechos humanos y la jurisprudencia internacional; y el contenido de ese derecho etéreo es la moral racional institucionalizada en los derechos humanos, cuyo contenido se precisa caso a caso vía control de constitucionalidad y convencionalidad⁶³.

⁶⁰ Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights...*, 97 y ss.

⁶¹ Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights...*, 11 y ss.

⁶² Paul Yowell. *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford: Hart Publishing, 2020), 90 y ss.

⁶³ Aguiló Regla y Vigo. *Fuentes del derecho...* 70.

Esto coloca a los tribunales en una empresa permanente de perfeccionamiento constitucional⁶⁴. Y presupone que la constitución es una obra subóptima que requiere ser perfeccionada mediante interpretaciones aditivas, sustractivas o mixtas acordes al derecho interamericano⁶⁵.

Esa labor de perfeccionamiento desdibuja la frontera entre el derecho *que es* y el derecho *que debe ser*⁶⁶. Y aunque más de una disposición constitucional *sería mejor* si se adecuara más al derecho internacional de los derechos humanos, eso no significa que sea un tribunal quien deba hacer esa adecuación. Más si existe un procedimiento constitucionalmente previsto para ello.

Esto provoca que la constitución queda sujeta a un permanente análisis de compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Pero ya no solo por razones jurídicas, sino por las razones morales o políticas de quienes integran los tribunales⁶⁷.

Al final, las convicciones de los jueces se vuelven sentencia. Y como la jurisprudencia *perfecciona la constitución*, la sustituye como fuente de derecho. Este es un auténtico contrabando de normatividad constitucional.

CONCLUSIONES

Estas consideraciones nos sugieren moderar nuestro entusiasmo con el poder judicial, porque los derechos humanos ponen demasiado poder en sus manos. Esto crea la posibilidad de que los tribunales se convierten en amos y señores del derecho, en detrimento del constitucionalismo y de la democracia.

Por tanto, una visión correlativamente moderada de los derechos humanos parece ser la mejor opción para los actuales estados constitucionales –y convencionales– de derecho. En esta visión, los derechos humanos desarrollan una función normativa fuerte por colocarse en la cúspide de la jerarquía de fuentes, pero no predeterminan absolutamente el contenido del derecho. Por el contrario, dejan un espacio libre para la deliberación política en tanto que funcionan como límites y vínculos a la legislación que –de no ser respetados– condicionan la validez de la ley.

⁶⁴ Rùthers. La revolución secreta..., 85 y ss.

⁶⁵ Sagüés. La constitución bajo tensión..., 398.

⁶⁶ Rosler. La ley es la ley..., 145 y ss.

⁶⁷ Rosler. La ley es la ley..., 138 y ss.

En todo caso, corresponde al poder judicial hacer valer los límites y vínculos contenidos en los derechos humanos cuando el legislador no los respeta. Pero este control judicial se limita a analizar la compatibilidad entre la ley y el derecho humano, para verificar que el contenido de la norma inferior *quepa en el molde* de la norma superior. No se trata de cuidar la adecuada ejecución legislativa de la constitución.

De este modo, incluso en un contexto constitucional lleno de fraseología, es posible evitar que los tribunales se vuelven insoportablemente poderosos y que los derechos humanos asfixien la deliberación democrática.

BIBLIOGRAFÍA

Alberto Da Silva Moreira. Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley y en el Estado Constitucional (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019), 29.

Alfonso García Figueroa. “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad 17 (2019) 358-376.

Andrés Rosler. La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho (Buenos Aires: Katz, 2019), 138 y ss.

Bernd Rüthers. La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método (Madrid: Marcial Pons, 2020), 85 y ss.

Edward Whelan. “The Presumption of Constitutionality”, Harvard Journal of Law and Public Policy, 4 (2019); Prieto Sanchís. El constitucionalismo de los derechos..., 29.

Ernst-Wolfgang Böckenforde. *Constitutional and Political Theory. Selected Writings* (Nueva York: Oxford University Press, 2017), 258.

Ernst Forsthoff. El Estado de la Sociedad Industrial (Madrid: Civitas, 1975), 241 y ss.

Fernando Atria. *La forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 67 y ss.; Luis Prieto Sanchís. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 29-35.

La advertencia de Kelsen: entre derechos humanos asfixiantes y tribunales insoportablemente poderosos
MIGUEL ÁNGEL CÓRDOVA ÁLVAREZ

García Amado. “Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional”...; Böckenforde. *Constitutional and Political Theory*..., 258.

Hans Kelsen. *General Theory of Law and State* (Cambridge: Harvard University Press, 1945), xiii.

Hans Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la constitución* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 81.

Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (Madrid: Trotta, 2011)

Hans Kelsen. *Teoría general de las normas* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 270.

Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights. A radically moderate approach* (Nueva York, Cambridge University Press, 2019), 11 y ss.

Jamal Greene. *How Rights Went Wrong. Why our obsession with rights is tearing America apart* (Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2021).

Jonathan Rauch. *Kindly Inquisitors* (Chicago: University of Chicago Press, 2013), 100.

Josep Aguiló Regla y Rodolfo Vigo. *Fuentes del derecho. Dos visiones* (Buenos Aires: Astrea, 2018), 13.

Juan Antonio García Amado. “Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022), DOI: <https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21658>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Juicio de amparo 1227/2020, sentencia del veintiuno de mayo de dos mil veintiuno del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla, México. Disponible en http://sisc.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3457/3457000027456273008.pdf_1&sec=Joaqu%C3%A Dn_Ram%C3%ADrez_Guzm%C3%A1n&svp=1. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Luigi Ferrajoli. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Una discusión sobre el constitucionalismo* (Madrid: Marcial Pons, 2012); Vigo. *De la ley al derecho*..., 88.

Luigi Ferrajoli. “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2009), 19.

La advertencia de Kelsen: entre derechos humanos asfixiantes y tribunales insoportablemente poderosos
MIGUEL ÁNGEL CÓRDOVA ÁLVAREZ

Luigi Ferrajoli, *Principia iuris 1. Teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2011), 535.

Manuel Atienza. *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2021), 45; Juan Antonio García Amado. “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 238; Da Silva Moreira. *Deferencia al legislador...*, 84.

Neil Gorsuch. *A Republic. If You Can Keep It* (Nueva York: Crown Forum, 2019), 48 y ss.

Néstor Pedro Sagüés. *La constitución bajo tensión* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 398.

Néstor Pedro Sagüés. *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada* (México: Porrúa, 2016), 316.

Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta-UNAM, 2009), 32.

Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 513 y 514.

Rodolfo Luis Vigo. *De la ley al derecho* (México: Porrúa, 2012), 92.

Paul Yowell. *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford: Hart Publishing, 2020), 90 y ss.

V. Steven D. Smith. “What does Constitutional Interpretation Interpret” en *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, ed. por Grant Huscroft, (Nueva York: Cambridge University Press, 2008); Aharon Barak. *Purposive Interpretation in Law* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2007).

Fecha de recepción 24/02/2023
Fecha de aceptación: 24/03/2023
Pp 91 – Pp.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998

*Victor Rodríguez Cedeño**

Resumen

Este artículo analiza las instituciones y los procesos normativos que acompañaron a una evolución histórica de los órganos internacionales y la academia, en particular sobre la Corte Penal Internacional. En el texto se centra en explicar la forma en la que su Estatuto lo presenta como órgano judicial penal internacional, con su estructura, normas de funcionamiento y competencias, propias de todo órgano de esta naturaleza; y, a la vez, el texto constitutivo de una organización internacional con capacidad jurídica y personalidad jurídica internacional.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, estatuto, órgano judicial, derecho penal internacional.

* Abogado, egresado de la UCV (1970), con estudios superiores en los Institutos de Estudios para el Desarrollo y Europeos de la Universidad de Ginebra, del Instituto de Altos Estudios Internacionales de París (Diploma) y en la Universidad de París II (Diploma Superior en Derecho Internacional). Embajador de Carrera de Venezuela, ex Representante de Venezuela ante las Naciones Unidas en Ginebra, miembro delegación de Venezuela en el proceso de creación de la Corte Penal Internacional (1991-1998), Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y Relator Especial para el tema de los actos unilaterales de los Estados, profesor invitado en el Seminario de Derecho Internacional de la Comisión de Derecho Internacional (1999-2007) y en Universidades en Venezuela, Nicaragua, España, Senegal.

Anuario venezolano de Derechos Humanos N° 00.
Semestre mes- 2023
ISSN:

The process of adoption of the Statute of the International Criminal Court, up to Rome in 1998

**The process of adoption of the Statute of the International Criminal Court,
up to Rome in 1998**

Abstract

This article analyzes the institutions and normative processes that accompany a historical evolution of international bodies and academia, particularly on the International Criminal Court. The text focuses on explaining the way in which its Statute presents it as an international criminal judicial body, with its structure, operating rules, and powers, typical of any body of this nature; and, at the same time, the constitutive text of an international organization with legal capacity and international legal personality.

Keywords: International Criminal Court, statute, judicial body, international criminal law.

Résumé

Cet article analyse les institutions et les processus normatifs qui ont accompagné une évolution historique des organes internationaux et du monde universitaire, en particulier en ce qui concerne la Cour pénale internationale. Le texte se concentre sur l'explication de la manière dont son Statut en fait un organe judiciaire pénal international, avec sa structure, ses règles de fonctionnement et ses compétences propres à tout organe de cette nature ; et en même temps, le texte constitutif d'une organisation internationale dotée de capacité juridique et de personnalité juridique internationale.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de las instituciones y de los procesos normativos exige repasar los hechos históricos y las propuestas que en distintos momentos hacen los órganos internacionales y la academia hasta llegar a su conclusión. Eso es lo que intentamos hacer ahora en este artículo en relación con el proceso de creación de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto es su instrumento constitutivo como órgano judicial penal internacional, con su estructura, normas de funcionamiento y competencias, propias de todo órgano de esta naturaleza; y, a la vez, el texto constitutivo de una organización internacional con capacidad jurídica y personalidad jurídica internacional.

El proceso de adopción fue largo y complejo, de avances y pausas, de decisiones e indecisiones. Un proceso institucional que no puede desde luego separarse de la evolución normativa que en definitiva va a plasmarse en el Estatuto como la codificación más precisa del Derecho Internacional Penal. El resultado de la Conferencia de Roma no es más que el final inconcluso de un proceso en el que por una parte se forman normas consuetudinarias, convencionalizadas más tarde, que conforman en gran medida el Derecho Internacional Penal recogido y precisado como nunca antes. Y, por la otra, un proceso en el que, ante realidades y atrocidades de las guerras, se reflexiona sobre la factibilidad y la conveniencia de crear una Corte que pueda juzgar y castigar a los responsables de crímenes que se venían definiendo para garantizar la aplicación justa de los principios de legalidad que exige el Derecho Penal. Intentar elaborar normas sobre los crímenes internacionales requería, como se afirmó siempre, un órgano judicial que las aplicara. A la inversa, un órgano judicial sin un Código de Crímenes sería ineficaz.

Me refiero solamente al proceso de creación de la Corte Penal Internacional, que se logra finalmente en 1998, pero que se perfecciona en sus aspectos normativos, con la revisión acordada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Kampala, en 2010, en la que se adoptan, como veremos, entre otras, las modificaciones necesarias en relación con el artículo 5 y la agresión, su definición y las condiciones en las que la Corte puede ejercer su jurisdicción.

Los órganos internacionales, especialmente de la Sociedad de Naciones y de las Naciones Unidas y en este contexto, la Asamblea General (Sexta Comisión) y la Comisión de Derecho Internacional (CDI) desempeñaron un papel fundamental en este proceso que conjugan la opinión de los expertos y la consideración por los gobiernos, algunas veces con elementos políticos que marcan el ritmo de las

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

discusiones. Venezuela participó en este proceso, más después de 1991, junto a los países que impulsaban la creación de la nueva corte, fijando claramente sus posiciones que fueron reflejadas en el Estatuto, como veremos más adelante.

2. HASTA EL TRATADO DE VERSALLES DE 1919

Sin ir muy lejos, aunque hay referencias importantes que muestran el interés y la preocupación del hombre ante los crímenes de guerra que expresaban atrocidades cada vez mayores y la necesidad de ser castigados, nos limitamos al proceso desde el tratado de Versalles de 1919, sin dejar de referirnos, cuando sea necesario, al proceso de evolución normativa que como dije, no puede ser ajeno al de creación de un tribunal internacional penal internacional.

La guerra, siempre presente en la historia, fue sin embargo constante objeto de preocupación por las atrocidades que se cometen durante ellas. Ante los crímenes que se cometen se fueron formando costumbres y elaborando normas y principios para proteger a los combatientes, a los heridos, a los prisioneros, aunque no sería sino a partir de principios del siglo XIX que se observa el surgimiento de algunas normas que buscaban este fin. En algunos momentos se habló de justicia, pero en realidad no era propiamente justicia la que se aplicaba a los vencidos. La idea de juzgar a los responsables de violaciones contra las leyes y costumbres de la guerra, como dice Elizabeth Odio Benítez no era, sin embargo, nueva en ningún sentido y:

Así se refleja en los códigos militares de muy diversos países. Durante siglos, los comandantes militares, desde Enrique V de Inglaterra, con sus famosas ordenanzas de guerra en 1419, hasta los juicios contra los soldados norteamericanos envueltos en la masacre de My Lai y juzgados de acuerdo con el Código de la Justicia Militar de los Estados Unidos, han aplicado tales leyes contra los responsables de crímenes de guerra...¹

Algunas referencias muestran que, en efecto, responsables de crímenes de guerra fueron procesados y castigados. Así, por ejemplo, recuerdan a Conradino de Hohenstaufen, Rey de Nápoles, duque de Suabia, ejecutado por el vencedor el duque Carlos, d'Anjou, tras la batalla de Benevento, en 1266, por los crímenes que había cometido durante la batalla y, más cerca, y mejor relatada, el juicio, en 1474, a

¹ Odio Benítez, E., Un tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia -Justicia para la paz; Revista del IIDH, 1996, Vol. 24, p. 134.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Peter von Hagenbach, una especie de gobernador representante del Duque de Borgoña, en Alsacia, acusado de asesinato, violación y otros crímenes “cometidos contra las leyes de Dios y de los hombres”, cuando ocupaba la ciudad de Breisach. Peter von Hagenbach fue juzgado por un tribunal integrado por 28 jueces de Alsacia, Austria, Alemania y Suiza. Para muchos este proceso, que muestra desde entonces preocupación por los crímenes de guerra y la necesidad de juzgar a los que los cometen, sea cual fuere su rango o posición, es un punto de referencia en el proceso de creación de tribunales internacionales penales.

Allí podríamos encontrarse entonces algunas referencias acerca del origen del crimen contra la humanidad, de la violación como crimen de guerra y la no exoneración de la responsabilidad por órdenes superiores². La internacionalización de la justicia en el caso de Peter von Hagenbach ha sido puesto en duda, por cuanto los que actuaron como jueces eran todos súbditos del Sacro Imperio Romano Germánico. También se ha cuestionado que los crímenes habrían sido cometidos durante una guerra, ya que no había conflicto armado en el momento en que las supuestas atrocidades ocurrieron. En todo caso, el proceso de Breisach “parece ser el primer juicio internacional por crímenes de guerra” y que se llevó a cabo “de conformidad con los más altos estándares judiciales”³. El proceso habría tenido un impacto en los juicios de Nuremberg, como lo anota el profesor George Schwarzenberger, poco después del proceso, según G.S Gregory, quien afirmó que “el precedente de Hagenbach respalda muchas de las posiciones legales adoptadas por la acusación del tribunal militar de Nuremberg, incluida la acusación de crímenes contra la humanidad y el rechazo de la defensa de órdenes superiores”.

Algo más cerca, Gustave Moynier, jurista suizo, presidente de la Cruz Roja Internacional por décadas, propondría tímidamente en su Comentario sobre la Convención de Ginebra de 1864 sobre militares heridos, la creación de un tribunal para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos entonces contra el derecho humanitario, reflejado en la Convención de Ginebra de 1864, un texto que marca el inicio de la protección del individuo y del derecho internacional humanitario mismo. Más adelante, en 1872, tras los horrores de la guerra franco-prusiana, en una reunión del Comité Internacional de la Cruz Roja, Moynier hizo una propuesta más concreta y propuso la creación de un tribunal

² Gregory G, S., *The trial of peter von Hagenbach reconciling history, historiography and international criminal law*, Oxford Academy, OUP, 2013, pp: 13-49, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671144.003.0002>.

³ Schwarzenberger, G., *A forerunner of Nuremberg , the Breisach War Crime Trial of 1474*, *The Manchester Guardian* (London), 28 de septiembre de 1946, p.4.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

internacional con base en un tratado. En sus Comentarios a la Convención de Ginebra de 1864 Moynier afirma que “una sanción puramente moral era insuficiente para detener las pasiones desatadas”⁴.

Un proyecto de diez artículos, una corte permanente, aunque no tendría una sede fija, que intervendría automáticamente en caso de guerra entre los Estados Partes. El proyecto contenía, incluso, normas procesales e institucionales como las relativas a la Fiscalía. Moynier proponía, además, un tratado separado para definir las violaciones de las disposiciones de la Convención de Ginebra y las penas lo que daría respuesta al cumplimiento del principio de legalidad. Además, el tribunal podía acordar indemnizaciones a las víctimas. Se pensó también en el efecto disuasivo que tendría la nueva Corte, al publicarse en los Estados las decisiones, las sentencias y las penas.

La propuesta de Moynier fue considerada por expertos los años siguientes. Algunos la criticaron por la imposibilidad de crear una corte tal como propuesta entonces. Otros pensaron que si no había una fuerza que hiciera cumplir las decisiones ella sería infectiva. Es difícil decir cuál habría sido el impacto de la proposición de Moynier en el proceso de creación de la corte, pero su idea fue examinada por el *Institut de Droit International* de Cambridge, en 1895, aunque sin ningún seguimiento⁵.

Un avance normativo entonces que impacta el proceso de creación de un tribunal penal internacional, fue la adopción del citado Convenio “para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña”, por la Conferencia diplomática convocada por Suiza, el 22 de agosto de 1864, un instrumento que sería ratificado los años siguientes por la casi totalidad de Estados. Se regula en el Convenio la neutralidad y la protección y el respeto de los beligerantes, mientras haya en ellos enfermos o heridos. Se precisa en su artículo 2 que “los habitantes del país que presten socorro a los heridos serán respetados y permanecerán libres”. Los militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados sea cual fuere la nación a la que pertenezcan, precisa el artículo 6 de la Convención en la que se adopta también el símbolo de la Cruz Roja, aplicado a las ambulancias.

⁴ Moyner, G., *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, París, 1870, pp : 301-302.

⁵ Keith Hall, C., *Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente*, In. *Revue International de la Cruz Roja*, No. 829, marzo de 1998.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Si bien las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 significan los primeros intentos de codificación del Derecho de la Guerra, que incluyen normas muy importantes relativas a la conducta en las hostilidades y a la protección de los no combatientes, con ellas no se intenta establecer la responsabilidad penal internacional individual⁶, tema que será objeto de una mayor consideración, a partir de 1919.

3. EL TRATADO DE VERSALLES Y EL ENJUICIAMIENTO FALLIDO DEL EMPERADOR GUILLERMO II

El punto más formal de partida del proceso de creación de la Corte Penal Internacional ocurre para la mayoría después de la guerra de 1914-1918, con la firma del tratado de Versalles de 1919, cuando se da un avance importante en el procesamiento de presuntos responsables de los crímenes cometidos durante el conflicto y en el que a pesar del fracaso del intento se refieren, por primera vez, a crímenes internacionales y a la responsabilidad penal internacional individual.

El tema de la justicia internacional penal se aborda en la Sociedad de Naciones, en particular, en la Asamblea que crea, el 25 de enero de 1919, la Comisión sobre la “Responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la ejecución de las penas” con el fin de, entre otras cosas, informar sobre la constitución y procedimiento de un “alto tribunal”, apropiado para procesar las violaciones de las normas y costumbres cometidas por las fuerzas enemigas. Fue la primera iniciativa después de la I guerra mundial. Se trataba de un tribunal que estaría integrado por 22 jueces para conocer los crímenes cometidos contra personas de distinta nacionalidad, entre otros, sobre las atrocidades cometidas en las prisiones de guerra; y, todas las personas que no habían sido procesadas por tribunales nacionales. El tribunal aplicará “los principios del derecho internacional que resultaban de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública.” Se consideró, entre otros, el principio de cosa juzgada o de *non bis in idem*. El tribunal habría tenido una competencia extendida, para conocer crímenes distintos no relacionados directamente con las personas, como los actos relativos a la violación de la neutralidad de Bélgica y Luxemburgo. Se condenó entonces la guerra de agresión, se reconoció la

⁶ Schabas, W., An introduction to the International Criminal Court, Sexta Edición, Cambridge 2020, pp: 1-4.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

responsabilidad de los actos de Alemania y se trató de establecer la responsabilidad penal individual internacional de un jefe de Estado, como vemos”⁷.

Esta propuesta no fue adoptada y las acusaciones irían sólo en contra del ex Emperador Guillermo II de Hohenzollern por, como se precisa en el artículo 227 del mismo tratado, “crímenes contra la moral internacional y la santidad de los tratados”⁸ para lo que se constituirá “un tribunal especial para juzgar a los acusados (...) integrado por cinco jueces...” una disposición basada en el artículo 231 del Tratado en el que las potencias vencedoras e incluso Alemania reconocieron que ésta y sus aliados eran responsables, por haberlos causados, de todas las pérdidas y todos los daños sufridos por los gobiernos aliados y sus naciones como consecuencia de la guerra. Lamentablemente, el gobierno de Países Bajos, en donde se refugió el ex Emperador, no accedió a la extradición otorgándole más bien asilo, que disfrutó hasta su muerte en 1941. Se alegó entonces para negar la extradición que los crímenes por los que se acusaba no habían sido definidos en el Derecho Internacional, lo que colide con el principio de legalidad; además, se trataba de un Jefe de Estado que por su investidura tenía inmunidad y no podía ser procesado. Sin embargo, los aliados intentaron procesar a más de 800 presuntos responsables de crímenes cometidos durante la guerra, pero Alemania se negó anunciando que sus nacionales serían juzgados por tribunales nacionales, los de Leipzig. De los más de 800 solicitados, solo 45 fueron indiciados y juzgados solamente 12, la mayoría liberados de sus responsabilidades, lo que significó un fracaso para los aliados que no lograron el castigo de los criminales de guerra, como lo habían planteado.

4. LA CREACIÓN DE LA CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL Y LAS PRIMERAS TENTATIVAS DE CREAT UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El proceso de institucionalización de la justicia internacional, aunque aún limitada a los Estados, continúa, pese a las diferencias que podía haber entre las grandes potencias, celosas del principio de soberanía y de no injerencia en sus asuntos internos. La primera referencia institucional sería la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) creada en 1899, considerada el primer foro para resolver las

⁷ Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction – Memorandum submitted by the Secretary-General, UN. Doc: A/CN.4/7/Rev.1, p. 7, Lake Success, 1949.

⁸ Memorandum del Secretario General de las Naciones Unidas, Historical survey of the question of international criminal jurisdiction, p. 2, doc. A/CN/7/Rev.1, 1949.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

controversias internacionales mediante el arbitraje y otros medios pacíficos de solución de controversias. Más tarde, en 1919, se adopta, mediante el Tratado de Versalles, el Pacto de la Sociedad de Naciones en el que aunque no se incluyó un órgano judicial, como se habría de hacer más tarde en 1945, cuando se adopta la Carta de las Naciones Unidas, se previó la posibilidad de que se creará más adelante un tribunal permanente de justicia, según su artículo 14, que dice expresamente que “el Consejo formulará y someterá a los miembros de la Liga, para su adopción, proyectos para el establecimiento de una Corte permanente de justicia internacional” que se encargaría de resolver las controversias que se pudieren plantear entre las partes.

En 1920 se crea el Comité de Juristas que, entre otras cosas, debía abordar el tema del establecimiento de una Corte Permanente de Justicia Internacional, de conformidad con el artículo 14 del Pacto, antes citado. El Comité, presidido por el Barón Descamps, propuso en Informe al Consejo y a la Asamblea, además de la creación de una Corte de Justicia para la controversia entre Estados, que sería la Corte Permanente de Justicia Internacional, una Alta Corte de Justicia Internacional, separada de la primera “para juzgar los crímenes contra el orden público internacional y contra el derecho universal de las naciones”, propuesta que sería bien recibida por algunos de sus miembros que pensaban que dados los fines por los que se creó la Sociedad de Naciones, especialmente en relación con la paz, se requería una organización judicial estable para procesar a los culpables de crímenes contra la paz internacional.

La propuesta fue, sin embargo, criticada por otros que consideraban que no sería viable si no había un acuerdo sobre el derecho aplicable, por lo que no tuvo éxito, limitándose la propuesta a la Corte Permanente de Justicia Internacional que se creó y que, como sabemos, funcionó desde 1920 hasta que estallara la guerra, adoptando 27 decisiones y 22 opiniones consultivas que constituyen una referencia jurisprudencial invaluable que todavía es seguida, por lo general, por la nueva Corte, la Corte Internacional de Justicia.

Durante las discusiones en la Tercera Comisión de la Asamblea de la Sociedad de Naciones se expresaron dudas acerca de la viabilidad de la creación de una corte penal por cuanto, como dijimos, no se había definido el crimen internacional y no había un Derecho Internacional Penal. La Tercera Comisión consideró en su resolución que no había en efecto un Derecho Internacional Penal reconocido por todas las naciones. Se planteó entonces, sin embargo, la constitución de una Sala Penal dentro de la Corte de Justicia que se creaba, otorgando preferencia a los tribunales nacionales a los que

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

había que confiar el procesamiento de estos crímenes, posición que se mantendría en el tiempo y que se refleja en el Estatuto de Roma (complementariedad). El Comité opinó a este respecto en aquel momento que “sería inútil establecer junto a la CIJ otro tribunal penal y que lo mejor sería encomendar los casos penales a los tribunales ordinarios como es actualmente la costumbre en el procedimiento internacional. Si en el futuro los delitos de este tipo se incluyeran en el ámbito del derecho penal internacional, podría establecerse un departamento penal en la CIJ. En cualquier caso, la consideración de este problema es prematura”⁹.

En definitiva, la Asamblea de la Sociedad de Naciones consideró prematura la creación de una corte penal internacional, lo que evidenciaba entonces la mentalidad soberanista de los representantes de los Estados que afirmaban decididamente que un tribunal internacional intervendría indebidamente en los asuntos internos del Estado.

Otro intento frustrado de creación de una instancia internacional para castigar crímenes internacionales, fue el tratado de Sevres¹⁰, del 10 de agosto de 1920, en cuyo artículo 236, se preveía el enjuiciamiento de los presuntos culpables de los crímenes cometidos entre 1914 y 1922, incluida la masacre en contra de los armenios, por un tribunal militar de los aliados que Turquía aceptaba. El tratado nunca entró en vigor, por el rechazo de Turquía. Por el tratado se pretendía, según su artículo 230¹¹, entre otros, enjuiciar a los autores de la masacre del pueblo armenio, próximo a un genocidio, no definido entonces como tal, en el que murieron más de 1,5 millones de personas, objeto de traslados forzados y de otros tratos inhumanos que horrorizaron a la comunidad internacional. El tratado de Sevres fue sustituido por el tratado de Lausanne, del 24 de julio de 1923, en el que se acordaba amnistía a los autores de los crímenes cometidos, prevaleciendo en el momento la impunidad, perdiéndose a la vez una nueva oportunidad para la aplicación de la justicia internacional.

5. LOS APORTES DE LA ACADEMIA

⁹ Acta de la sesión plenaria de la primera asamblea de la Sociedad de Naciones, pp: 744-745.

¹⁰ Tratado suscrito entre los aliados y Turquía en el que se limitaría el imperio otomano a Constantinopla (Estambul) y una parte de Asia Menor.

¹¹ El gobierno otomano se comprometía a entregar a las potencias aliadas las personas solicitadas por éstas, responsables de las masacres que, durante la guerra, fueron cometidas sobre el territorio que para el 1 de agosto de 1914 formaba parte del Imperio otomano.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Si bien no había consenso en cuanto a la creación del tribunal, las negociaciones y las propuestas siguieron. No se perdió el interés y no solamente en los gobiernos, sino en la academia que, como veremos, hizo aportes igualmente invaluable que habrían de incidir favorablemente en el proceso de creación de un tribunal penal internacional.

La decisión política no fue posible. Críticas por falta de derecho aplicable, de normas generales bien establecidas, incluso sobre la naturaleza de la nueva corte, si debía ser autónoma o si se insertaba en la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), entre otros, lo dificulta. Con base en una resolución de la Tercera Comisión se encomendó a un grupo de expertos que examinaron el tema e hicieran propuestas sobre la idea de la nueva corte. La Asamblea solicitó entonces a algunas instituciones no gubernamentales que opinaran sobre el tema, lo que hicieron algunas, entre las cuales, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) que bajo la dirección de Hugh Bellot preparó un proyecto de Estatuto de una Sala Penal de la CPJI; de la Unión Interparlamentaria, que preparó un proyecto de Código Penal Internacional y de la Asociación de Derecho Penal, con las distintas propuestas de Vespasiano Pella.

La ILA subrayó en su reunión de Buenos Aires de 1922 que “era vital establecer una institución penal permanente, sin pérdida de tiempo”¹². El profesor Bellot presentó en la reunión de Estocolmo de 1924, como se la había solicitado, un proyecto de Estatuto de la Corte. Más tarde, en la reunión de Viena de la Asociación, se consideró que era posible y que era muy urgente su creación. Para la Asociación, la Corte sería una Sala de la CPJI, pero funcionaria por separado y juzgaría sólo individuos.

La ILA elaboró entonces el proyecto de Constitución de una corte penal internacional en el que se establecía el número de magistrados, su elección por nueve años, un secretario elegido por la misma corte y, entre otros temas, lo relacionado con su jurisdicción (Capítulo II, arts. 21 y ss.). Se precisaba además en ese texto que la corte podía conocer las violaciones de las obligaciones internacionales de carácter penal cometidas por sujetos o ciudadanos de un Estado que le remitiera el Consejo o la Asamblea de la Sociedad de Naciones. Se precisaba también el derecho aplicable: los tratados internacionales, convenciones y declaraciones, generales o particulares, reconocidos por los Estados que recurrieron a la corte; los principios generales de Derecho Internacional Público reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales y la doctrina, como fuentes subsidiarias. Se incluían

¹² Memorándum citado del Secretario General, p.12.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

normas muy precisas acerca del procedimiento. En todo caso, se trataba de un texto detallado que iba a ser considerado como referencia en trabajos posteriores sobre el tema.

La Unión Interparlamentaria consideró, por su parte, la cuestión de una jurisdicción penal internacional en sus reuniones de Washington y Ottawa de 1925, oportunidad en las cuales examinó un Informe del profesor Pella, de la Universidad de Bucarest, adoptando entonces una resolución igualmente relevante sobre la criminalidad de las guerras de agresión y la organización de medidas represivas internacionales para la represión de crímenes internacionales.

En esta resolución la Unión Interparlamentaria decide emprender el estudio de todas las causas sociales, políticas, económicas y morales de las guerras de agresión y de encontrar soluciones prácticas para la prevención del crimen y redactar un proyecto preliminar de Código Jurídico Internacional (International Legal Code) que presenta en un extenso Anexo: Principios fundamentales de un código jurídico internacional para la represión de crímenes internacionales que sería aplicable a todas las naciones, separando la responsabilidad del Estado de la responsabilidad individual¹³.

Por su parte, el Congreso Internacional de Derecho Penal consideró el tema en su reunión de Bruselas de 1926, con base en los Informes de Pella y de Vabres y, más tarde, en la reunión de París, en 1927, cuando se pidió a los expertos preparar un proyecto de Estatuto que sería considerado en enero de 1928. El proyecto de Estatuto de una Sala de Penal de la Corte Internacional de Justicia fue adoptado por la Asociación Internacional de Derecho Penal el 16 de enero de 1928, enmendado años más tarde, en 1946. En ese proyecto se establece en su artículo 1 “una Sala Penal de la Corte Internacional de Justicia”, precisando en el texto su organización, cuestiones procesales y sobre la jurisdicción. En esa resolución se recomienda otorgar facultades represivas a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) a la vez que se considera que la Corte sería competente para juzgar cualquier responsabilidad penal en que incurra un Estado como resultado de una agresión injusta o de una violación del derecho internacional.

6. LA CONVENCIÓN SOBRE EL TERRORISMO Y EL ESTATUTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, EN 1937

¹³ Texto en las Actas de la XXIII Conferencia de la Unión Interparlamentaria (Washington 1925), pp: 46-50 y 801.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Si bien durante este periodo la academia produjo importantes textos y reflexiones, no hubo entonces interés determinante de los gobiernos por el tema, hasta que en enero de 1934 fuera asesinado en Marsella el Rey Alejandro de Yugoslavia, tras lo cual Francia propuso la adopción de medidas para reprimir el terrorismo y su sanción por un tribunal internacional. El Consejo de la Sociedad de Naciones consideró el tema y aprobó una resolución, en diciembre de 1934, en la que afirmaba que “las normas de Derecho Internacional relativas a la represión de actividades terroristas no estaban todavía suficientemente precisas para asegurar la represión de esos crímenes” creándose entonces un Comité de Expertos que examinará el proyecto en abril/mayo de 1935 y en enero de 1936 que una vez concluido fue remitido a los gobiernos.

Más tarde se convocó, en 1937, la Conferencia de Ginebra sobre el terrorismo que aprobó dos textos muy importantes: La Convención para la prevención y la represión del terrorismo, texto que fue firmado por 24 Estados y la Convención para la creación de una corte penal internacional, firmado por 30 Estados, que nunca llegó a entrar en vigor, resultando un esfuerzo más por la creación de una institución penal internacional. No deja sin embargo de ser interesante e incluso por ser referencia a trabajos ulteriores, como veremos, que el proyecto de Convención contenía 56 artículos en los que se detallaron su funcionamiento y sus competencias y en el que se establecía que la corte sería permanente, aunque funcionará solamente cuando tuviera ante sí un procedimiento por uno de los crímenes de su competencia.

7. NEGOCIACIONES EN EL PERIODO DE ENTREGUERRAS

Años más tarde, durante las negociaciones (oficiales) que se avanzaban durante la guerra para ordenar el proceso posterior al conflicto, se avanzó en la idea de crear tribunales militares especiales para conocer los crímenes cometidos durante el conflicto y sancionar a los responsables, dando como resultado la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de Tokio.

Negociaciones no oficiales fueron también muy importantes en este proceso, como las llevadas por la Asamblea Internacional de Londres, un órgano semioficial creado en 1941 e integrado por delegados de gobiernos, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones que recomendó “el enjuiciamiento internacional de ciertas categorías de crímenes de guerra.” La Asamblea consideró que algunos crímenes de guerra debían ser procesados por los tribunales nacionales, pero que algunas categorías de ellos

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

tendrían que ser remitidas a una corte penal internacional integrada por jueces de reputación y formación incuestionables, con un Fiscal que actuaría en nombre de Naciones Unidas en su conjunto y que aplicará un Derecho Penal Internacional codificado, aprobado por Naciones Unidas; el Derecho Internacional consuetudinario y convencional; los principios generalmente admitidos de Derecho Penal y la jurisprudencia y la doctrina.

La Asociación concluyó en su reunión del 21 de junio de 1943 que se debía crear una corte penal que tuviera jurisdicción sobre algunos crímenes de guerra. En el artículo 1 del proyecto se decía que “las naciones unidas establecen por la presente un tribunal penal internacional para el juicio, según lo dispuesto a continuación, de las personas acusadas de crímenes de guerra”. Y define el crimen de guerra en su artículo 2 como:

...violaciones graves de los principios generales del derecho penal reconocidos por las naciones civilizadas y cometidos en tiempos de guerra o relacionados con la preparación, la realización o la prosecución de la guerra, o perpetrados con miras a impedir el restablecimiento de la paz.

La corte, con sede en Londres, estaría integrada por 35 jueces elegidos por siete años, con calificaciones para ejercer el cargo, elegidos por los Estados Partes en consideración de los sistemas jurídicos del mundo y de la representación de los países que habían sido ocupados por el enemigo. Igualmente, se designaba en el proyecto un Fiscal que actuaría en nombre de las Naciones Unidas. Al igual que en textos anteriores y como en Estatutos ulteriores, se establecía el derecho aplicable: la costumbre internacional, como práctica general aceptada como jurídica; los tratados internacionales, convenciones y declaraciones aceptadas por los Estados Partes; los principios generales de derecho penal reconocidos por las Naciones Unidas y las decisiones judiciales y la doctrina más calificada como fuentes subsidiarias. En el artículo 28 del proyecto se hace referencia a un principio que se habrá de considerar desde entonces en las negociaciones sobre una jurisdicción penal internacional y se determina que una orden dada por un superior a un inferior para cometer un crimen no es en sí una defensa.

Destaca en el proyecto la organización presentada entonces que, como la corte creada en Roma años más tarde, en 1998 (Asamblea de Estados Partes), los Estados partes tienen funciones no judiciales relacionadas con la administración de la corte, la designación de los jueces y del fiscal.

El 20 de octubre de 1943 se crea, en la Conferencia Diplomática de Londres, la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas a la que se asignaban funciones muy específicas respecto de la

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

investigación de los hechos y la identificación de presuntos autores. La Comisión adoptó un proyecto de Convención para el establecimiento de una corte de las Naciones Unidas para crímenes de guerra, en septiembre de 1944, en el que se define su jurisdicción y el derecho aplicable.

Los trabajos de la Comisión Internacional para la reconstrucción penal y el desarrollo, un grupo semioficial integrado por juristas de algunos países aliados, fueron también importantes en este proceso, antes de 1945 que llegó a la conclusión de que, si bien era el momento de la creación de una corte penal internacional permanente, muchos de los casos o crímenes cometidos durante la guerra que incluso se seguían cometiendo, podían ser procesados en los tribunales nacionales. Hubo posiciones contrarias, las del presidente Sir Arnold Mc Nair, por ejemplo, sobre la creación de una Corte y la elaboración de un Código que ese órgano habría de considerar. La Comisión no presentó ningún proyecto de estatuto de un tribunal internacional, aunque se refirió, según actas, a una corte que tendría que estar integrada también por jueces de países enemigos.

8. HACIA LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES DE NUREMBERG Y DE TOKIO

En octubre de 1943 la Conferencia Diplomática de Londres decidió, como vimos antes, la creación de la Comisión de las Naciones Unidas para la investigación de los crímenes de Guerra que consideró también la posibilidad de la creación de una corte para procesar a los criminales de guerra y adoptó un proyecto de Convención para el Establecimiento de un tribunal de crímenes de guerra de las Naciones Unidas que se basó en gran medida en la Convención de 1937 y los trabajos de la Asamblea Internacional de Londres. La Comisión, que no tenía funciones judiciales y debía recabar, como dijimos, información sobre los crímenes cometidos durante la guerra por los alemanes y las otras potencias del Eje, debía estar integrada por nacionales de países de Naciones Unidas, aun no creada, e informar sobre los hechos, señalando incluso a los posibles responsables de los crímenes cometidos en Alemania e incluso en Francia, bajo ocupación nazi, sin tomar en cuenta sus rangos o posiciones oficiales, enfatizando en el carácter sistemático de los mismos. Algunas comisiones con iguales fines serían creadas mucho después, entre otras, la establecida el 6 de octubre de 1992, por el Consejo de

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Seguridad¹⁴, para investigar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, en especial la limpieza étnica contra los musulmanes en Bosnia y Croacia, principalmente.

La Comisión para la investigación de los crímenes de guerra adoptó un proyecto de Estatuto el 26 de setiembre de 1944 en cuyo artículo 1 se dice que “se establecerá un tribunal de crímenes de guerra de las naciones unidas para el enjuiciamiento y castigo de las personas acusadas de la comisión de un delito contra las leyes y usos de la guerra.” En el artículo 2 del proyecto, referente a la jurisdicción, se expresan dos principios fundamentales que serán recogidos en los Estatutos de tribunales internacionales que se habrían de crear más tarde, el de Roma de 1998 entre ellos: el de la no exoneración por el cargo o posición oficial y el relativo a las diversas formas de autoría en el marco de la responsabilidad penal individual internacional. El tribunal debía aplicar, recogiendo textos anteriores, el derecho convencional (tratados), costumbre internacional de la guerra, los principios del derecho de las naciones derivados de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública, también los principios de derecho penal reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales como fuentes subsidiarias.

Para lograr el procesamiento y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje, las potencias vencedoras negociaron la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943, en la que se habrá de basar el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. En la Declaración de Moscú los aliados (Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética) consideraron que los miembros del ejército alemán y del partido nazi responsables de las atrocidades cometidas hasta entonces y después, hasta que finalizara la guerra, serían enviados a los países en donde habrían cometido tales crímenes para que sus tribunales los investigaran y los procesaran y castigaran. En la Declaración se reconoció que, si bien la mayoría podían ser juzgados por tribunales nacionales, los criminales mayores cuyos delitos no tenían una ubicación geográfica particular, serán castigados por una decisión conjunta de los países aliados. En la Declaración se precisa que ello era “sin perjuicio del caso de los grandes criminales, cuyos delitos no tienen una localización geográfica particular y que serán castigados por decisión conjunta de los gobiernos de los aliados”.

¹⁴ Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1992) para examinar las denuncias de violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en la ex Yugoslavia.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Con base en esa Declaración, el 8 de agosto de 1945, los aliados (Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión Soviética) suscribieron el Acuerdo de Londres con el fin de establecer, después de consultar al Consejo de Control para Alemania, un Acuerdo para crear un Tribunal Militar *ad hoc* para el enjuiciamiento de los criminales de guerra de los países del Eje cuyos crímenes no tenían una ubicación geográfica. Anexo al Acuerdo se adjunta el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, del cual forma parte integrante, en cuyo artículo 1 se precisa que

...de conformidad con el Acuerdo firmado el día 8 de agosto de 1945 por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se creará un Tribunal Militar Internacional (de aquí en adelante "el Tribunal") para, aplicando los principios de justicia e intermediación, enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo.

La constitución del tribunal, su jurisdicción y las funciones serán precisadas en la Carta que se adjunta al Acuerdo, como lo indica el artículo 2 del mismo texto en el que se plantea la cooperación entre las partes para "hacer posible la investigación de las acusaciones y el enjuiciamiento de los principales responsables de los crímenes cometidos durante la guerra." Al Acuerdo de Londres se sumaron inmediatamente más de 20 Estados, entre ellos Venezuela, que asumirán entonces sus obligaciones como partes en el mismo.

El tribunal propuesto estaría integrado por 4 miembros con su suplente, designado por cada una de las partes signatarias. Ni el tribunal, ni sus miembros, ni sus suplentes podían ser recusados por la fiscalía, ni por los acusados o sus abogados, como lo establecía el artículo 3. Las decisiones del tribunal serán adoptadas por mayoría de votos y en caso de empate, el voto del presidente sería determinante, como lo dice el artículo 4 del Estatuto.

En el artículo 6 se define la competencia del tribunal, a la vez que se precisa que se juzgarán personas que hayan actuado en favor de los intereses de los países europeos del Eje, en forma individual o como miembros de alguna organización. Se incluyen entonces crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad. La inclusión del crimen contra la paz y del crimen contra la humanidad habría sido la particularidad más significativa del Estatuto, que no habían sido articulados antes en el Derecho Internacional. Estas dos nuevas clases de crímenes hicieron posible llevar ante la justicia a altos

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

oficiales alemanes que de otro modo podrían haber quedado sin condena por la comisión de hechos que conmocionaron sobremanera a la conciencia humana y que merecían especial castigo¹⁵. Una de las cuestiones más novedosas en relación con las competencias del tribunal fue la introducción del principio de la no exoneración de la responsabilidad penal internacional por el cargo o posición, lo que significaba que podían ser juzgados funcionarios del más alto rango hasta el jefe del Estado o de gobierno sin que ello contraríe la soberanía, ni la inmunidad de tales funcionarios o personalidades, ello por la naturaleza y la gravedad de los crímenes cometidos entonces. Tal como lo recuerda Bassiouni “en el Estatuto de Nuremberg se establece en sus artículos VII y VIII que los jefes de Estado no se benefician de la excepción proveniente de la doctrina de acto de Estado y que “nadie podía eludir su responsabilidad en base a la obediencia debida a órdenes superiores”¹⁶. Además, recordemos dentro del avance normativo, que es en el Estatuto de Nuremberg en donde se definen por primera vez los crímenes de lesa humanidad que más tarde serán recogidos en Estatutos de tribunales *ad hoc* y en el de la Corte Penal Internacional.

Los juicios de Nuremberg fueron más allá de los llevados a cabo en el mismo tribunal. En efecto, se llevaron a cabo procesos en tribunales de los países vencedores y en tribunales de Alemania, de acuerdo con la Ley No. 10 del Consejo de Control aliado, de diciembre de 1945, contra los presuntos responsables, dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nazi, desde el 1 de setiembre de 1939 hasta finalizada la guerra, en mayo de 1945. El tribunal de Nuremberg procesó a 19 altos funcionarios civiles y militares, mientras que tribunales nacionales de los países aliados a unas seis mil personas involucradas en crímenes cometidos dentro y fuera de Alemania. Después de 1946, el caso más importante a destacar fue el de Eichmann, procesado en Israel, en aplicación del principio de la jurisdicción universal, principio mantenido en los procesos de Nuremberg en relación con los crímenes de lesa humanidad¹⁷ y que vigente hoy se fortalece para hacer frente a los crímenes que afectan a la comunidad internacional.

Por su parte y para procesar y castigar a los oficiales y autoridades japonesas que habían cometido crímenes en la guerra en el Pacífico, las cuatro potencias vencedoras firmaron el Acuerdo de Potsdam,

¹⁵ Roling, B.V.A y Cassese, A., El juicio de Tokio y más allá, p.27, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

¹⁶ Bassiouni, Ch. Art. Cit. p. 21.

¹⁷ Bassiouni, Ch., art. cit. p.19.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

en la que se fundaría la Orden Ejecutiva del 19 de enero de 1946, del general Mc Arthur, Comandante de las Fuerzas Aliadas en Japón, por la que se constituye el tribunal que al igual que el Tribunal de Nuremberg incluye en forma novedosa los crímenes contra la paz y contra la humanidad.

El origen o fundamento jurídico de ambos tribunales fue diferente. El tribunal de Nuremberg se basa en un Acuerdo internacional, mientras que el de Tokio se basa en una Orden Ejecutiva del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas Aliadas. La estructura de los tribunales fue distinta. El Tribunal de Nuremberg estaba integrado por cuatro jueces con sus suplentes, designados por los gobiernos de las cuatro potencias vencedoras, como lo dice el artículo 2 del Estatuto que precisa que el tribunal estará compuesto por cuatro miembros con un sustituto cada uno.

Por su parte, el Tribunal militar internacional para el Lejano Oriente o tribunal de Tokio estaba integrado por once jueces sin suplentes, designados por el Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas, como lo dice el artículo 2 de la Orden Ejecutiva.

Tal como lo destaca Cassese en su obra citada sobre el proceso de Tokio, en la definición de crímenes contra la humanidad se excluía la expresión “contra cualquier población civil.” Además, en Nuremberg se procesaron personas y entidades, mientras que en Tokio no se preveía enjuiciar a corporaciones presuntamente criminales¹⁸ en concreto, se procesaron veintiocho japoneses entre ellos militares, diplomáticos, líderes políticos y un civil, por delitos contra la paz, por haber autorizado, permitido u ordenado atrocidades y por omisión del deber de observar y prevenir incumplimientos del derecho de la guerra. Siete de los procesados fueron condenados a muerte y otros a penas de siete años de cárcel y hasta de cadena perpetua. Las Comisiones militares especiales para juzgar a los oficiales japoneses se constituyeron en Filipinas, procesando entre 1945 y 1951 más de cinco mil japoneses, uno de los más importantes, el juicio sobre crímenes de guerra de Jabarovsk, en 1949, en el que se condenó a un grupo de oficiales y civiles por crímenes de guerra por la fabricación y uso de armas biológicas.

Los procesos de Nuremberg y de Tokio fueron cuestionados por la defensa e incluso por parte de la doctrina que consideraba que las normas aplicables por los tribunales no tenían sustento en una práctica reiterada y aceptada como jurídica, ni tampoco en algún texto convencional. La acusación por crímenes contra la humanidad, que no habían sido definidos antes, contraría, para algunos, el principio de

¹⁸ Cassese. A y Roling, B.V.A., op. cit. p.29.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

legalidad aceptado en Derecho Penal. Tampoco se habían fijado penas antes de los mismos lo que contrariaba otro principio del bloque de legalidad, el principio de *nulla poena sine lege*.

Sin embargo, un elemento común a ambos procesos, es que Adolfo Hitler no fue juzgado pues se suicidó al reconocer la derrota y el Emperador Hirohito tampoco fue procesado a instancias del general Mac Arthur quien consideraba que la ejecución del Emperador no contribuiría en nada en la restauración del orden en Japón.

Los procesos de Nuremberg y de Tokio, que realizan el ideal planteado en Versalles en 1919, van a abrir el espacio para un desarrollo institucional hacia la creación de tribunales ad hoc cuando las relaciones internacionales y el fin de la guerra fría lo permitieron y más tarde para la creación en Roma, en 1998, de la Corte Penal Internacional. Además, los principios establecidos en sus Estatutos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales y nacionales competentes abrirían también el espacio al desarrollo normativo, con la confirmación de principios y normas fundamentales de Derecho Internacional Penal, como el de la responsabilidad penal individual internacional, todos recogidos en el Estatuto de Roma y reafirmados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

9. DESPUÉS DE NUREMBERG Y TOKIO HASTA LA CONFERENCIA DE ROMA DE 1998

Después de Nuremberg y Tokio se inicia un proceso de consolidación de normas y principios a la vez que se avanza en la idea de una corte permanente. El tema de la protección de la persona, de los derechos humanos, centra la atención de la comunidad internacional a partir de 1945 con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y de la Convención contra el genocidio en 1948 en los que además de definir el crimen, se hace referencia a la creación de un tribunal con jurisdicción residual para conocer las violaciones de las obligaciones contraídas en la Convención y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

El tema de los principios de Nuremberg y de la creación de una jurisdicción penal internacional fue abordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas que adoptó la resolución 94 (I), el 11 de diciembre de 1946, por la que se crea la Comisión sobre el Desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su Codificación que tenía como objetivo estudiar los procedimientos que habrían de recomendarse para el cumplimiento de las obligaciones que incumben a la Asamblea General en virtud

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

del párrafo 1 del artículo 13¹⁹. Más tarde, en mayo/junio de 1947 esta Comisión aprobó un Informe en el que se recomendaba la creación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), el órgano especializado asesor de la Asamblea General, lo que se hizo mediante resolución 174 (II), del 21 de noviembre de 1947, órgano que habrá de jugar un papel sumamente importante en el desarrollo normativo del Derecho Internacional Penal e institucional de la Corte Penal Internacional.

Por iniciativa de los Estados Unidos, la Asamblea General de las Naciones Unidas afirma por unanimidad (resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946) los Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto y en las sentencias del tribunal de Nuremberg, lo que significó la aprobación por la comunidad internacional de tales principios. Tal como dice Cassese “en términos legislativos, esta aprobación y ese apoyo significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha enérgicamente el proceso encaminado a convertir esos principios, en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional”²⁰.

En esa misma resolución la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que tratase como un asunto de importancia primordial la formulación, en el contexto de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código criminal internacional, los principios reconocidos de Nuremberg. Durante las deliberaciones, el representante de Francia, Donnedieu de Vabres, señaló la urgencia de crear una corte penal internacional y preparó un Memorándum sobre el tema que el Comité consideró el 15 de mayo de 1946, en el cual se refirió de nuevo a la creación de una Sala de la Corte Internacional de Justicia y como alternativa, la creación de una Corte Penal Internacional especial²¹, en el que se sugería una combinación de los dos sistemas y se otorgaban competencias específicas a la Sala de la CIJ y a la Corte separada, inspirado en el proyecto de Convención de 1937, sobre terrorismo.

Más tarde, se encomendó a la Comisión, por resolución 177 (III), del 21 de noviembre de 1947, que formuló los principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto de Nuremberg y en sus sentencias y con base en esa resolución abordó el examen del tema en su primer periodo de sesiones en

¹⁹ Artículo 13-1: La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a)... Impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

²⁰ Cassese, A., *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, p. 1, Biblioteca Audiovisual de las Naciones Unidas, 2009.

²¹ Ver. *Revue Internationale de droit pénal*, Vol. 19-1, pag. 360-386, 1948.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

1949 para lo cual considero un Memorándum muy completo del Secretario General²². El tema fue tratado por la Comisión junto a la posibilidad de relacionarlo con un Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1950 la Comisión aprobó una formulación definitiva de los Principios que presentó con sus comentarios a la Asamblea General.

Los trabajos sobre la Convención sobre la prevención y el castigo del crimen de genocidio, que iniciaba el Consejo Económico y Social a solicitud de la Asamblea General (Res. 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, permitió de nuevo la consideración de una corte penal internacional. Las opiniones de la Secretaría y de los gobiernos son referencias importantes en la discusión que años más tarde se habría de reabrir en el camino a Roma.

El examen del debate sobre la adopción de los artículos VI y IX es enriquecedor. El Secretario General de Naciones Unidas preparó un proyecto de Convención que fue discutido por el Comité y por la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General y considerado por los gobiernos. Finalmente, el Comité ad hoc sobre genocidio preparó el proyecto de Convención que sería aprobado por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948.

En el proyecto de Convención se preveían varias alternativas. La primera, la creación de una Corte que tuviera jurisdicción sobre todas las materias relacionadas con crímenes internacionales, para lo cual se crearía una Sala dentro de la CIJ. La segunda alternativa era la creación de una corte internacional con jurisdicción limitada al genocidio.

La discusión en la Sexta Comisión giraba en torno a la inclusión o no de una referencia a una corte internacional, en concreto, la inclusión de la frase “o por un tribunal internacional competente.” La soberanía del Estado y la falta de un Derecho Internacional Penal o de normas reguladoras de los crímenes internacionales desfavorecen la creación de una jurisdicción internacional, incluso subsidiaria, para conocer determinados crímenes. Sin embargo, quienes defendían la creación de una jurisdicción internacional consideraban que las jurisdicciones nacionales podían ser incapaces de castigar a los responsables, en especial, cuando esos crímenes eran cometidos o tolerados por las mismas autoridades. Algunos consideraron que la jurisdicción de una corte penal internacional podía ser ejercida si los

²² The Charter and the judgment of the Nuremberg tribunal: History and analysis, Doc. A/CN.4/5.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

tribunales nacionales no eran capaces o no estaban dispuestos a procesar y castigar a los autores del crimen de genocidio.

Tras la decisión de modificar el proyecto de artículo VII (finalmente VI), que permite la inclusión de la referencia a un órgano judicial penal internacional, la Sexta Comisión de la Asamblea General, lo que fue confirmado por el Plenario de la misma Asamblea General, adoptó una resolución, con base en una propuesta de Venezuela, en la que pedía a la Comisión de Derecho Internacional que estudiase la conveniencia y posibilidad de crear un órgano judicial internacional para el enjuiciamiento de individuos por el crimen de genocidio. En la resolución 260 B (III) adoptada entonces, el 9 de diciembre de 1948, cuando se aprobó la Convención sobre genocidio, se pide textualmente:

...examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales (...) y que examinase la posibilidad de crear una Sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia.

Finalmente, a pesar de algunas objeciones, la de Venezuela entre otras²³, la Convención establece la posibilidad de una jurisdicción internacional subsidiaria, en su artículo VI, que debe ser leído junto al artículo IX relativo a la solución de controversias por la interpretación o aplicación de la Convención, dice que

...las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

La CDI examinó el tema enseguida, en sus sesiones de 1949 y de 1950, designando Relatores Especiales para el tema a dos de sus miembros, Ricardo J. Alfaro y A.E.F Sandstrom. En su reunión de 1950 la Comisión llegó a dos conclusiones. Primero, que era conveniente y posible crear una Corte Penal Internacional para conocer el crimen de genocidio y otros crímenes internacionales y segundo que ella no podía ser creada como una Sala de la CIJ, aunque era posible hacerlo si se modificaba el artículo 34 del Estatuto que establece que sólo los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte.

²³ Doc. E/SR.218, pp: 20-21.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

El tema fue examinado por la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea, relacionándolo con el tema de la definición de la agresión, uno de los más difíciles políticamente en la época de la guerra fría y con el Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, lo que dificultó su avance hasta finales de los ochenta cuando, dada la distensión ocurrida entonces, se lograron acuerdos para avanzar en la consideración del tema, a lo que agregaremos, como veremos, las gravísimas situaciones en el mundo, en África y en la antigua Yugoslavia, en donde atrocidades que conmovía la consciencia de la humanidad, preocuparon a la comunidad internacional en su conjunto, lo que reactivó la discusión del tema. La Comisión había adoptado el 4 de diciembre de 1954 la resolución 897 (IX) mediante la cual decide aplazar el estudio del tema hasta que se definiese la agresión, para lo cual creó un Comité que adoptaría el texto años más tarde en la resolución 3314 (XXIX), del 14 de diciembre de 1973.

En 1981 se reanuda el trabajo sobre el Proyecto de Código y se designa un Relator Especial, el señor Doudou Thiam, quien presentó diez informes hasta 1991. La Comisión dijo entonces, al aprobar en primera lectura el proyecto que

...había concluido la primera parte de su trabajo y que en virtud de la resolución 45/41 considerará de nuevo las cuestiones que se planteaban en su Informe en relación con la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluida la posibilidad de establecer un tribunal penal u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional²⁴.

En 1992, la Asamblea General solicita, a la Comisión de Derecho Internacional, mediante resolución 47/33, de diciembre de 1992, que “prosiga su labor (...) con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional a partir de su siguiente periodo de sesiones ...” Poco antes, en 1989, debemos recordar la iniciativa de Trinidad y Tobago cuando hizo un planteamiento en la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la necesidad de crear una instancia jurisdiccional para castigar el crimen de narcotráfico, una propuesta que será considerada por la CDI en sus trabajos sobre la creación de la Corte. A pesar del empuje que daría el tratamiento del tema del narcotráfico en el proceso, en el Estatuto de Roma el crimen no fue incorporado, aunque sí objeto de una resolución anexa al Acta Final de la Conferencia de Roma de 1998.

²⁴ Anuario de la CDI, 1993, A/CN.4/SER.A/1993, Add.1. (parte 2), p.14, par. 27.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

El proceso continuó en la Comisión y en la Asamblea General con la adopción por esta última de la resolución 46/54, en la que invitó a la Comisión [...] a que siguiera examinando y analizando los temas relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional. La Comisión, por su parte, siguió su trabajo en 1992, creando un Grupo de Trabajo que preparó un informe para la Comisión que contenía una reseña detallada del examen y análisis que había efectuado de algunos de los problemas relacionados con el posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional, así como un resumen de sus debates y recomendaciones concretas entre las cuales sobre la creación del tribunal por un estatuto incorporado a un tratado multilateral concertado entre los Estados partes.

Se discutió entonces una vez más si el tribunal debía ser especial o permanente. Para algunos en la Comisión un tribunal especial podía perder la objetividad y la imparcialidad debida y que, además, no era disuasorio, aunque podía ser más rápido y eficaz que un tribunal permanente. Otros apoyaron la creación de un órgano permanente, pero que no se mantuviese reunido constantemente, argumentando entre otras, cuestiones presupuestarias. En cuanto a la forma se dejaron las dos opciones, un tratado multilateral, o una resolución del Consejo de Seguridad, prevaleciendo la primera opción como se recogería más adelante en la Sexta Comisión y después en las reuniones ulteriores hacia el establecimiento de la Corte. El tema de las relaciones con las Naciones Unidas, aunque ya habría sido decidido en reuniones anteriores de la Comisión, se planteó de nuevo.

El tema será considerado luego por la Asamblea General, en la Sexta Comisión, principalmente, y por los órganos que se habrán de constituir para abrir el camino hacia la Conferencia de Roma, el Comité Especial y la Comisión Preparatoria que se reunirían entre 1995 y 1998 a los que nos referiremos más adelante.

10. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES AD HOC PARA RUANDA Y LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Antes, sin embargo y ante la crueldad de la guerra y la preocupación de la comunidad internacional el Consejo de Seguridad crea dos tribunales *ad hoc*, lo que constituye el precedente institucional y normativo más cercano a la Conferencia de Roma de 1998. Después de tiempos difíciles de tensiones, superada la guerra fría renace la idea de la justicia internacional penal y de la creación de una instancia

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

internacional que pudiese conocer y castigar los crímenes internacionales más graves. La opinión pública, la sociedad civil en general, expresan su horror por lo que ocurría en la antigua Yugoslavia, un conflicto que a pesar de estar dentro de Europa se había desarrollado sin una oposición efectiva de los europeos²⁵.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó, ante la grave situación en Yugoslavia, una serie de resoluciones²⁶, entre las cuales las resoluciones 780 (1991) relativa al Comité de Expertos y 731 (1991), que van a conducir, con base, además, en Informes del Secretario General, a la creación del Tribunal Internacional Especial para la antigua Yugoslavia (TIPY) para procesar a los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia, desde el 1º de enero de 1991, con la adopción.

En el Estatuto del tribunal, que se incluye en la resolución, se precisa que el mismo “está habilitada para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1949” definiendo enseguida los distintos actos que constituyen el crimen (art.2); las violaciones graves del derecho o usos de la guerra (art.3); el crimen de genocidio (art.4) y crímenes contra la humanidad (art. 6).

Poco más adelante y ante la misma reacción de la opinión pública mundial frente a las atrocidades que se cometían en Ruanda, el Consejo de Seguridad decidió la creación de un segundo tribunal *ad hoc*, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TIPR), por resolución 955, del 8 de noviembre de 1994, para lo cual había considerado también, informes de grupos de expertos²⁷ y del Secretario General de las Naciones Unidas y las resoluciones anteriores sobre la situación, en las que se toma nota de que en el país se habían cometido genocidio y graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

Distintamente al tribunal para la antigua Yugoslavia, el tribunal para Ruanda fue creado a solicitud del gobierno de ese país (Doc. S/1994/1115) “para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y (...) violaciones del Derecho Internacional Humanitario” cometidos en el territorio de Ruanda y en el territorio de Estados vecinos, entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

²⁵ Ver la recién publicada obra de Diego ARRIA: Guerra y Terrorismo en el corazón de Europa, Ed. EJV Internacional, 2022.

²⁶ Ver resoluciones 713 (1991), 764 (1992), 771 (1992) y 808 del 22 de febrero de 1993.

²⁷ Creado por resolución 935/1994.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

El tribunal era competente para “enjuiciar a las personas que cometan los actos de genocidio” tal como definidos en el artículo 2-2 del Estatuto y los otros actos enumerados en el párrafo 3 de la misma disposición; crímenes de lesa humanidad (art. 3), violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II de los Convenios.

Los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad significaron, pese a las críticas sobre su legalidad²⁸, un avance sumamente importante en el proceso institucional penal internacional y en la evolución normativa al precisar en sus Estatutos y en la jurisprudencia producida durante sus actividades, las normas y principios de Derecho Internacional Penal que serán recogidos en el Estatuto de Roma de 1998. Tal como recuerda Schabas²⁹, ellas influenciaron la definición y el alcance de los crímenes de guerra que fueron incorporados en el artículo 7 del Estatuto de Roma y el *obiter dictum* de la Sala de Apelaciones del TIPY que declara que los crímenes contra la humanidad podían ser cometidos no solamente en tiempos de guerra sino de paz, lo que se recoge también es ese mismo artículo.

11. LOS TRABAJOS DE LA ASAMBLEA GENERAL, DESDE 1994 HASTA ROMA, EN 1998

En 1994 la CDI concluye su labor sobre el Código y el Estatuto de la Corte, tema que fue considerado por la Asamblea General que decide establecer, mediante resolución 49/53, del 9 de diciembre de 1994, un Comité Especial que se reunió en abril y en agosto de 1995

...para examinar las principales cuestiones derivadas del proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional preparado por la Comisión de Derecho Internacional y considerar los arreglos necesarios para convocar una Conferencia internacional de plenipotenciarios para suscribir una convención sobre el establecimiento de esa corte.

El Comité abordó las principales cuestiones sustantivas y administrativas que surgían del proyecto de Estatuto, para lo cual se creó un Grupo de Trabajo que examinara varios temas: Garantías procesales, la relación entre Estados partes y Estados y no partes y las normas y principios de Derecho Penal que se

²⁸ Al respecto ver la decisión de la Sala de Apelaciones del TIPY, del 2 de octubre de 1995, en el Caso Tadic en el que se definen importantes asuntos sobre la legalidad de la creación del tribunal. Tadic (IT-94-I, AR72), cit SCHABAS, W., op. Cit. P.13.

²⁹ Schabas, W. op. cit. p.13.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

incorporarán al Estatuto. El Comité examinó también lo relativo a la realización de una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para aprobar el Estatuto de la nueva Corte.

En lo que importa al proceso de creación de la Corte, sobre su naturaleza y estructura, el Comité consideró que "...el establecimiento de una corte única y permanente evitaría que se tuvieran que establecer tribunales especiales para delitos particulares y, en consecuencia, garantiza la estabilidad y coherencia en la jurisdicción penal internacional"³⁰. Durante las deliberaciones del Comité se evidenciaron, sin embargo, algunas dudas en cuanto a la necesidad de crear una corte penal internacional, lo cual fue superado al final, como se verá más adelante, cuando el tema fue abordado por el Comité Preparatoria que precedería la Conferencia de 1998 y que prepararía el texto consolidado que serviría de base a las negociaciones en Roma.

En el Comité se insistió en el carácter complementario de la nueva corte de las jurisdicciones nacionales, a la vez que se acordaba desde entonces que su competencia tenía que estar limitada a los crímenes de mayor trascendencia internacional. Se enfatizó también en la necesidad de que la misma fuera universal por lo que se consideró que el número de ratificaciones debía ser alto, como quedaría plasmado en el Estatuto, al fijarse en 60 ratificaciones para su entrada en vigor.

Se consideró entonces que la corte propuesta debería establecerse como órgano judicial independiente mediante la celebración de un tratado multilateral, cuestionando la creación de una corte como órgano de las Naciones Unidas³¹ y que debía ser, además, un órgano permanente.

El Comité consideró también la relación entre la nueva Corte y las Naciones Unidas, tal como se había presentado en el proyecto elaborado por la CDI, en su artículo 2 en el que se agregaba que se reuniría cuando fuera necesario, para examinar los asuntos que le fueran sometidos, aunque ya se preveía que el presidente y otros funcionarios debían estar a dedicación exclusiva, como finalmente quedó también reflejado en el Estatuto, en Roma. La relación con el Consejo de Seguridad fue examinada sin que se tomaran posiciones definitivas, un tema que pasaría a la Comisión Preparatoria y más tarde a Roma y que abarcaría no solo el crimen de agresión y su definición sino la relación jurisdiccional/procesal de la corte con el Consejo de Seguridad.

³⁰ Informe del Comité Especial para la creación de una Corte Penal Internacional, Doc. A/50/22, p. 9.

³¹ Mismo Informe del Comité *ad hoc*, p. 10.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Al año siguiente se creó por resolución también de la Asamblea General un Comité Preparatorio sobre el establecimiento de la corte penal internacional que durante dos años preparó el proyecto que se habría de considerar en la Conferencia de Roma en junio/julio de 1998, con base en el Informe de la CDI y el Informe del Comité *ad hoc*.

Limitándose de nuevo al proceso de creación de la nueva corte se puede constatar que, de acuerdo con las conclusiones del Comité, era ya claro que ella debía ser creada mediante un tratado multilateral y que debía ser independiente y no sometida al Consejo de Seguridad, aunque no se desconocían las facultades que éste debía tener para garantizar la universalidad y el funcionamiento mismo de la nueva corte. Finalmente se aprobó un documento con más de 1700 corchetes que la Conferencia debía resolver para que pudiera ser adoptado el Estatuto, en Roma.

Desde entonces y ya más cerca de Roma se pueden observar tres posturas claras que van a entorpecer en gran medida las negociaciones para la adopción del Estatuto. Una primera, que veían una Corte independiente del Consejo de Seguridad, autónoma en general, con una competencia universal y automática, con un Fiscal independiente también, una postura que sostenía también la sociedad civil, la Coalición de la Corte penal que agrupaba más de mil ONGs. Un segundo grupo que promovía una Corte dependiente del Consejo de Seguridad, con un Fiscal menos autónomo y un tercer grupo que alegando la soberanía del Estado era contrario a una Corte independiente y por supuesto a que estuviera sometida a decisiones del Consejo de Seguridad. Las posiciones debieron centrarse y acercarse durante Roma, la única vía que se planteaba para lograr lo que se esperaba, la aprobación del Estatuto el 17 de julio de 1998.

Sobre los resultados de Roma había una gran expectativa. Algunos pensaban que no era posible llegar a un acuerdo final sobre el texto y aprobarlo, lo que abría un espacio de incertidumbre muy negativo en cuanto a la creación del tribunal. Otros se mostraban más optimistas. Los países afines (*like minded*) y la sociedad civil hicieron serios esfuerzos que permitieron que se aprobara el Estatuto el 17 de julio de 1998 dando así lugar a una primera fase, la apertura de las ratificaciones que como sabemos se lograron unos años más tarde, permitiendo así al tribunal comenzar sus funciones, en 2002.

Las reuniones durante la Conferencia fueron más informales que formales. Los grupos que se crearon se reunieron de manera informal, sin actas, aunque la plenaria seguía funcionando para recibir los informes de los distintos grupos de trabajo que se constituyeron entonces, en donde las delegaciones de

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

los Estados y de las organizaciones participantes intervinieron fijando sus posiciones sobre los distintos temas, algunos de los cuales parecían insuperables. Venezuela, como dijimos, estuvo presente y contribuyó en la medida de sus posibilidades, con la elaboración del Estatuto. Sus posiciones fueron muy claras, a la vez flexibles pues lo más importante era lograr los consensos necesarios para la adopción del Estatuto al final la Conferencia, el 17 de julio de 1998 sin que, desde luego, se perdiera el sentido y la naturaleza misma de la Corte en los términos en que se habían venido aceptando en los grupos y comités que precedieron la Conferencia de Roma.

En relación con la naturaleza de la Corte y algunos aspectos de organización, así como también sobre cuestiones sustantivas, Venezuela reiteró lo que había ya expresado en las reuniones del Comité de Expertos y de la Comisión Preparatoria y antes en la Sexta Comisión, especialmente, desde 1991. Al considerar que la Corte debía ser constituida con base en un tratado³², reiteró constantemente que la Corte debía ser independiente, especialmente del Consejo de Seguridad, que no podía imponer condiciones³³. Además, se consideró siempre que debía haber una Asamblea de Estados en la que estarían representados sólo los Estados partes³⁴, un órgano que debía jugar un papel controlador del funcionamiento no judicial de la Corte, además, de entre otros, elegir los magistrados por mayoría de dos tercios teniendo en cuenta los principales sistemas jurídicos y la representación geográfica³⁵. Igualmente, que la nueva Corte debía juzgar ante todo a los principales responsables de los crímenes de mayor trascendencia internacional objeto de su competencia, que la responsabilidad penal debía ser en relación las personas naturales y no con personas jurídicas, por lo que no podía extenderse a las personas morales porque la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo no aceptaban la noción y porque la misión de la Corte era procesar a los seres humanos responsables de esos crímenes³⁶, un principio que había sido recogido en Nuremberg, como vimos antes.

³² Intervención de la representante de Venezuela, Milagros Betancourt Catalá, en la sesión plenaria 19, del 29 de junio de 1998.

³³ Intervención del representante de Venezuela, Victor Rodriguez Cedeño, en la sesión plenaria 10, del 22 de junio de 1998.

³⁴ Intervención de la representante de Venezuela, Milagros Betancourt Catalá, en la sesión plenaria 18 del 29 de junio de 1998.

³⁵ Intervención del representante de Venezuela, Roger Yépez Martínez, en la sesión plenaria 14, del 23 de junio de 1998.

³⁶ Intervención del representante de Venezuela, Victor Rodriguez Cedeño, en la primera sesión plenaria del 16 de diciembre de 1998.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Venezuela apoyó igualmente la independencia del Fiscal y su facultad de iniciar un proceso. También, que los Estados, al constituirse en partes del Estatuto, asumen las obligaciones que corresponden, entre ellas, aceptar la jurisdicción sobre los crímenes establecidos en él, sin que fuere necesario una declaración adicional para que la Corte pudiera actuar³⁷.

La competencia de la Corte debía ser automática³⁸ y sobre los principales crímenes internacionales, incluida la agresión en ciertas condiciones³⁹, pero ella no podía ser estática y que debía evolucionar con el tiempo, por lo que en el Estatuto debía permitirse a la Asamblea de Estados Partes la posibilidad de incluir en el futuro otros crímenes⁴⁰. La competencia de la Corte sólo podría ser ejercida sobre individuos, concretamente, personas mayores de 18 años, un tema que produjo algún debate, dadas las distintas visiones que se tenía sobre la mayoría de edad. La limitación de 18 años responde a la mayoría de las legislaciones nacionales y a la definición que del menor se hace en el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño, como lo dijo Venezuela, lo que no significa que no resultaron procesados y castigados por los crímenes que cometieron los menores, lo que corresponde a los tribunales nacionales⁴¹.

12. LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTATUTO Y LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA CONFERENCIA DE REVISIÓN DE KAMPALA

El Estatuto se aprueba el 17 de julio de 1998 pero sólo entrará en vigor “el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”, tal como lo prescribe el artículo 126-1 del Estatuto.

³⁷ Octava sesión, mismo documento, p.211.

³⁸ Intervención de la representante de Venezuela Milagros Betancourt Catalá, en la sesión plenaria 29, del 8 de julio de 1998.

³⁹ Intervención del representante de Venezuela, Victor Rodriguez Cedeño, en la sesión plenaria 35 del 13 de julio de 1998.

⁴⁰ Sexta sesión Plenaria, Doc. A/CONF.183/13 (Vol.II), p. 198 y la intervención del representante de Venezuela, Norman Monagas Lesseur, en la sesión plenaria 27, del 8 de julio de 1998.

⁴¹ Intervención del representante de Venezuela, Victor Rodriguez Cedeño, en la segunda sesión plenaria del 16 de diciembre de 1998.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

De manera que la Corte nace como una institución permanente y autónoma en esta fecha, cuando comienza a funcionar. Antes, sin embargo, como veremos, se crea una Comisión Preparatoria que habrá de preparar los proyectos de textos fundamentales al ejercicio de sus actividades. En efecto, la Conferencia de Plenipotenciarios adoptó el Acta Final y anexo a la misma algunas resoluciones, entre las cuales, la resolución F mediante la cual se crea la Comisión Preparatoria que estaría integrada por los países que la habían suscrito y que sería convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas una vez se recibieran las 60 ratificaciones que darían vigencia al Estatuto.

La Comisión tenía que preparar, según el párrafo de esta resolución, las Reglas de Procedimiento y Prueba, los Elementos de los Crímenes, un Acuerdo de relación con las Naciones Unidas, los principios básicos del acuerdo relativo a la sede que han de negociar con el país anfitrión, el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada, un Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte, un presupuesto para el primer ejercicio financiero y el Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes.

Esta Comisión tenía también que iniciar el examen del tema de la definición del crimen de agresión y sus elementos constitutivos y las condiciones en las cuales la Corte ejercerá su competencia en relación con este crimen, cuestión que sería decidida en la Conferencia de Revisión de Kampala.

El artículo 123 del Estatuto prevé su revisión a los siete años después de su entrada en vigor. A tales efectos, “el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una Conferencia de Revisión de los Estados Partes para examinar las enmiendas al Estatuto” que no se limitan a los crímenes contenidos en el artículo 5. También, según esa misma disposición, se podría realizar “en cualquier momento” otra Conferencia de revisión si así lo decidiese la mayoría de Estados partes.

La primera Conferencia de revisión del Estatuto se celebró en junio de 2010 en Kampala (Uganda), durante dos semanas y con la participación de 4.600 representantes de Estados, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, cuando se examinaron varios temas, entre otros, la definición de la agresión y las condiciones en que la Corte podía ejercer su jurisdicción, tomando en cuenta los trabajos de la Comisión Preparatoria, aunque no fue el único tema a considerar.

La definición de la agresión se basó en la resolución 3314 (XXIX), precisando que se trata de un crimen cometido por un líder político o militar, en las condiciones que se precisan en el artículo 8 *bis* y en los Elementos de los Crímenes, texto que fue igualmente modificado en consecuencia, para adaptar la

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

nueva definición al ejercicio de la jurisdicción de la Corte en el que juega un papel importante el Consejo de Seguridad que puede remitir una situación a la Corte, en el marco del Capítulo VII de la Carta, independientemente de que el Estado de que se trate sea o no parte del Estatuto. Si bien la iniciativa es del Consejo que determina el acto de agresión, el Fiscal puede también iniciar la investigación de oficio, aunque no se haya determinado el acto, pero previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.

La Conferencia conoció otra disposición, el artículo 124 (Disposición de transición), sin acordar su revisión por ahora, remitiéndose a la Asamblea de Estados Partes para que continuara su examen. El artículo 124, uno de los temas más controversiales de las negociaciones, permite a los Estados que se hacen partes no aceptar la competencia de la Corte respecto de los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus nacionales o en su territorio durante un período de siete años⁴².

La Conferencia adoptó otras resoluciones, en particular, sobre la justicia penal internacional y sobre el derecho de las víctimas a un acceso eficaz y equitativo a la justicia y a una reparación adecuada. En relación con la complementariedad, principio fundamental que rige la jurisdicción de la Corte, la Conferencia reiteró

...la responsabilidad primaria de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia internacional y la conveniencia de que los Estados se presten ayuda mutua para fortalecer su capacidad interna a fin de asegurar que la investigación y enjuiciamiento de los crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional pueden tener lugar a nivel nacional.

13. BIBLIOGRAFÍA

Bassiouni, C., Nota Explicativa sobre el Estatuto de la Corte penal Internacional, Extracto en español, de la Revue Internationale de Droit Penal, 1º y 2º trimestres de 200, ed. EROS, Toulouse, Francia.

⁴² No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.

VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDENO

Bassiouni, Ch., "The legislative history of the International Criminal Court". Disponible en: https://zis-online.com/dar/artikel/2007_1_108.pdf. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Bassiouni, Ch., El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 35, 1982, pp: 5-42.

Boeglin, Hoffmann, Sainz-Borgo y otros, La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana, Universidad de la Paz, Naciones Unidas, San José de Costa Rica, 2012.

Cassese, A y Roling, B.V.A., El juicio de Tokio y más allá, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

De Frouville, O., Droit International Pénal, Ed. Pédone, 2012.

Emmanuel, D., Les vingt ans du Traite de Roma portant Statut de la Cour Pénale Internationale, Institut Universitaire Varenne, 2019.

Herran, T., Les 20 ans du Statut de Rome, bilan et perspectives de la Cour Pénale Internationale, Ed. Pédone, 2020.

Rodriguez Cedeno, Victor, Algunos comentarios generales sobre la estructura y el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, como organización internacional y como órgano judicial internacional, In. La obra colectiva: Los crímenes de lesa humanidad, colección Minerva, El Nacional, 2004.

Schabas, W., An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2020.

Documentos

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Informes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Informe del Grupo de Expertos y de la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Actas de la Conferencia de Plenipotencias de Roma, de junio/julio de 1998. DOI. A/Conf.183/13. Vol. III.

Acta Final de la Conferencia de Roma de 1998.

El proceso de adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hasta Roma en 1998.
VÍCTOR RODRÍGUEZ CEDEÑO

Informe de la Comisión Preparatoria creada en virtud de la resolución F del Acta Final de la Conferencia de Roma.

The International Criminal Court: Observations and issues before the 1997-1998 Preparatory Committee; and administrative and financial implications, Association International de Droit Penal, Eres, De Paul University, Chicago. 1997.

Fecha de recepción 24/02/2023
Fecha de aceptación: 24/03/2023
Pp 87 – Pp.

Conceptos de Jurisprudencia Universal

*Carlos Armando Figueredo**

Resumen

Con este artículo se pretende aclarar conceptos sobre lo que se considera jurisdicción penal universal, entendiendo como ella la potestad que tienen los Estados de someter a juicio, mediante tribunales competentes para ello, a quienes hayan cometido crímenes o delitos fuera de su territorio. Aquí se distingue el concepto de jurisdicción universal del de jurisdicción internacional considerada como aquella que tiene la Corte Penal Internacional para juzgar los crímenes tipificados por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Al ratificar el Estatuto de Roma, se asume aplicar la jurisdicción internacional.

Palabras Clave: Aut dedere aut judicare, CIJ – Corte Internacional de Justicia, CPI - Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, Extradición, Jurisdicción Penal Internacional, Jurisdicción Universal.

* Abogado egresado de la UCV y doctor en Ciencia mención Derecho. Ha sido profesor de derecho penal y derechos humanos tanto en pregrado y postgrado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Anuario venezolano de Derechos Humanos N° 00.

Semestre mes- 2023
ISSN:

Concepts about Universal Jurisprudence

Abstract

This article is meant to clarify concepts related to what is deemed as criminal universal jurisdiction, considering as such the States' power to try those persons having committed crimes outside their territory. Herein, the concept of universal jurisdiction is distinguished from that of international jurisdiction, considering the latter as that of the International Criminal Court to judge crimes typified by the Rome Statute of the International Criminal Court. When ratifying the Statute of Rome, it is assumed to apply international jurisdiction.

Keywords: Aut dedere aut judicare, ICJ - International Court of Justice, ICC - International

Résumé

Cet article vise à clarifier les concepts liés à ce qui est considéré comme la juridiction pénale universelle, comprenant la faculté pour les États de soumettre à un procès, devant des tribunaux compétents à cet effet, ceux qui ont commis des crimes ou des délits en dehors de leur territoire. On distingue ici le concept de juridiction universelle de celui de juridiction internationale, considérée comme celle dont dispose la Cour pénale internationale pour juger les crimes énumérés dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. En ratifiant le Statut de Rome, on assume l'application de la juridiction internationale.

Mots clés: Aut dedere aut judicare, CIJ - Cour internationale de justice, CPI - Cour pénale internationale, Statut de Rome, Extradition, Juridiction pénale internationale, Juridiction universelle.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del derecho, el enjuiciamiento de los delitos ha sido comúnmente sometido a la jurisdicción de los tribunales penales de los Estados, cometidos por ciudadanos nacionales de esos Estados en el territorio de éstos. Pero, en vista de que esos mismos ciudadanos podían residir fuera del territorio nacional, comenzó a aplicarse la institución de la extradición, según la cual un Estado A podía pedirle a un Estado B que extraditara al ciudadano B para que pudiera ser juzgado en el Estado A. Se trataba de que un Estado requirente le pidiera la extradición a un Estado requerido, con base en tratados nacionales o internacionales sobre extradición, o mediante aspiración de reciprocidad.

Bajo el principio de *aut dedere aut judicare*, el Estado requerido debía entregar al sujeto cuya extradición se requería y, si no decidía entregarlo, debía juzgarlo en tribunal competente, lo cual, a mi juicio, es un principio de la aplicación de la jurisdicción universal.

Grocio¹ tal vez fue el primero en considerar que podía haber una jurisdicción universal. En este trabajo se propone desarrollar como principal idea la aplicación de la jurisdicción universal como herramienta utilizada por los Estados para condenar aquellos delitos/crímenes que lesionan la paz y la seguridad en el mundo, con la salvaguarda de la dinámica de las instituciones en el derecho internacional². En este sentido, el presente artículo estará dividido en las siguientes secciones: I) De la Jurisdicción Nacional a la Universal; II) De cómo tratan la jurisdicción Universal en los Estados; III) Conclusiones.

2. DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL A LA UNIVERSAL

A la fecha hay 197 Estados miembros³ de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y, en todos ellos, por razones de soberanía, la territorialidad es un principio básico de la jurisdicción. Sin embargo, muchos de esos países tienen previsto en su sistema penal que, bajo ciertas condiciones, ellos pueden admitir la jurisdicción universal. En capítulo posterior veremos en qué forma los países soberanos admiten la jurisdicción universal.

¹ Hugo Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid, Reus, 1925.

² Daniela Suarez Vargas, *Alcance y limitaciones de la aplicación del Principio de Jurisdicción Universal*, noviembre 2018, acceso el 20 de agosto de 2022, [https://www.researchgate.net/publication/328876158 Alcance y limitaciones de la aplicacion del Principio de Jurisdiccion Universal](https://www.researchgate.net/publication/328876158_Alcance_y_limitaciones_de_la_aplicacion_del_Principio_de_Jurisdiccion_Universal).

³ ONU, *Estados Miembros*, acceso el 28 de agosto de 2022, <https://www.un.org/es/about-us/member-states>.

Dijimos antes que con la extradición y el principio de *aut dedere aut judicare* se llegaba a ejercer la jurisdicción universal. En efecto, cuando un Estado le requiere a otro Estado que extradite a un sujeto que ha cometido un delito en el Estado requirente mientras se halla en el Estado requerido, este último, de estar vinculado por un tratado, debe entregar el sujeto o juzgarlo en un tribunal competente, con lo cual se estaría aplicando la jurisdicción universal.

En cuanto a qué debe entenderse por jurisdicción universal, y en particular jurisdicción penal universal, tanto los tratados internacionales como las leyes nacionales, la interpretación de los tribunales y la doctrina académica tienen diversas maneras de considerarla e interpretarla. Se puede adelantar que hay Estados, como Francia, que hablan de “competencia internacional”, al concebir el mismo concepto⁴. En mi opinión no es adecuado ese nombre si se recuerda que una cosa es jurisdicción y otra es la competencia, es decir quienes están facultados para ejercer esa jurisdicción.

En los Estados del mundo, los delitos cometidos en su territorio –así como también los cometidos por sus ciudadanos en el extranjero– son juzgados por sus tribunales nacionales; se aplica el concepto de la territorialidad. Pero también se da el caso de que, crímenes de derecho internacional penal cometidos fuera de su territorio también pueden ser juzgados por tribunales nacionales competentes, aplicando la institución de la jurisdicción universal. Se trata de crímenes graves contra los derechos humanos, reconocidos en tratados y por el derecho internacional de los derechos humanos y humanitarios, de *jus cogens*, y de los tipificados por el Estatuto de Roma, como son el genocidio, los crímenes de guerra, los de lesa humanidad y los de agresión, que vinculan a los Estados partes del Estatuto de Roma. En el caso de esos crímenes que conoce la Corte Penal Internacional ellos son llamados de jurisdicción internacional.

Ya en el III Congreso de Derecho Penal celebrado en Palermo, en 1933, se analizaba la conveniencia de una jurisdicción penal internacional y, en tal sentido, se afirmó lo siguiente:

Considerando que hay delitos que lesionan los intereses comunes de todos los Estados, como la piratería, la trata de esclavos, la trata de mujeres y niños, el tráfico de estupefacientes, la puesta en circulación y el tráfico de publicaciones obscenas, la ruptura y deterioro de cables submarinos, las

⁴ Rayman Remtola, «La jurisdicción universal al estilo francés y su superación: por una justicia efectiva», *Village de la Justice*, 30 noviembre 2021, acceso el 28 de agosto de 2022, <https://www.village-justice.com/articles/competence-universelle-francaise-son-depassement-pour-une-justice-effective,40881.html>.

infracciones graves en materia de comunicación radioeléctrica, en particular, la transmisión o la puesta en circulación de señales de emergencia o de llamadas de socorro falsas o engañosas, la falsificación de moneda, la falsificación de títulos de valor o de instrumentos de crédito, los actos de barbarie o de vandalismo susceptibles de generar un peligro común;

Considerando que del movimiento contemporáneo de codificación del Derecho penal surge una corriente en favor de la universalidad de la represión de estos delitos;

Considerando que ciertos códigos o proyectos de código incriminan igualmente otros hechos graves que ponen en peligro los intereses comunes de los Estados en sus relaciones internacionales.

Expresa el deseo de que:

1) Las convenciones internacionales actualmente en vigor sean revisadas, o que se concluyan nuevas convenciones, con el fin de asegurar la universalidad de la represión de todas las infracciones que los Estados están de acuerdo en considerar como lesivas de los intereses de todos los Estados o que ponen en peligro las relaciones internacionales.

2) La universalidad del derecho de castigar, que atribuye la competencia a los tribunales del país donde se ha detenido al delincuente o del país al que pertenecen las autoridades que han detenido al culpable, se subordine a las condiciones siguientes:

a) a la unificación de las legislaciones de los países contratantes en lo que concierne a la incriminación de hechos susceptibles de represión universal;

b) al establecimiento de reglas de cooperación entre los Estados, destinadas a asegurar la comunicación de las pruebas de cargo o de descargo⁵.

Desde luego, ya mucho antes se había empezado a aplicar la jurisdicción penal universal en los procesos de extradición bajo el principio de *aut dedere aut judicare* (entregar o juzgar). En efecto, si el Estado requerido en una solicitud de extradición optaba por no entregar sino por juzgar, se estaría aplicando

⁵ «III Congreso internacional de derecho penal (Palermo, 3 - 8 abril 1933)», *Revue internationale de droit penal* 86, (2015/1-2): 473-476, DOI: 10.3917/ridp.861.0473, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-473.htm>.

jurisdicción penal universal. Puede decirse que, en los procesos de Nuremberg y de Tokio se aplicó la jurisdicción penal universal⁶. En el siglo 20, los casos más conocidos son el de Eichmann en Israel y el de Pinochet en España.

La jurisdicción universal se plantea como una herramienta de los Estados mediante la cual es posible juzgar en tribunales nacionales aquellos crímenes que lesionan bienes jurídicos internacionales, sin distinción de: 1) el lugar en donde hayan sido perpetrados; 2) la nacionalidad del sujeto activo o pasivo, y 3) si existe un interés propio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución N° 1/03 Sobre Juzgamiento De Crímenes Internacionales, observa:

La jurisdicción universal faculta a los Estados para establecer su jurisdicción con el fin de perseguir, procesar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de graves crímenes contra el derecho internacional. Esta jurisdicción universal se ve reflejada en instrumentos tales como los Convenios de Ginebra de 1949. Asimismo, una serie de instrumentos normativos regionales e internacionales contemplan múltiples bases de jurisdicción para el juzgamiento de crímenes internacionales⁷.

En el año 2001, un grupo de expertos formuló una serie de preceptos en el marco de las dificultades relacionadas con la aplicación de la jurisdicción universal como medio para luchar contra la impunidad de las violaciones a los derechos humanos, se trata pues, del trabajo conocido como “Principios de Princeton”, documento que compila apreciaciones en términos de naturaleza grave del delito, amnistía, inmunidades, extradición y otras consideraciones que persiguen un avance en la implementación de la jurisdicción universal a través de su eficaz incorporación en los sistemas nacionales.

El texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, hace énfasis en la posibilidad de alcanzar justicia frente a graves crímenes que amenazan a la humanidad en una absoluta observancia de

⁶ En la declaración de apertura de los Procesos de Núremberg se dijo: “Se ha probado abundantemente que la violación del derecho internacional hace que nazcan responsabilidades individuales de los seres humanos que cometen los crímenes cuya responsabilidad se impone, como sanción del derecho internacional”.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Sobre juzgamiento de crímenes internacionales, Resolución N° 1/03, 29 agosto 2002, <http://www.cidh.oas.org/reso.1.03.htm#:~:text=La%20jurisdicci%C3%B3n%20universal%20faculta%20a,Convenios%20de%20Ginebra%20de%201949.>

criterios jurídicos con las debidas garantías procesales internacionales. En atención a la idea precedente, conviene citar un extracto del mencionado documento⁸:

Se necesitan principios que orienten y, al mismo tiempo, impartan una mayor coherencia y legitimidad al ejercicio de la jurisdicción universal. Esos principios deben propiciar una mejor imputación de responsabilidad a los perpetradores de delitos graves de derecho internacional, en formas consonantes con una inquietud prudente para evitar abusos de poder y una solicitud razonable en aras del proceso de paz⁹.

Por supuesto, a partir de estos principios establecidos en torno a la figura de la justicia universal no han dejado de desarrollarse otras teorías, algunas a favor de su aplicación y crecimiento en virtud de su interés para el derecho internacional, en cambio, otras posturas se aferran a perspectivas ligadas a su idoneidad por su posible conflicto con el resto de las instituciones jurídicas de persecución penal.

1. Estados Unidos de América

En los Estados Unidos, tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina, varía mucho la opinión en cuanto a la aplicación de la jurisdicción universal y el trato es distinto según se trate de jurisdicción en materia civil y en materia penal.

En cuanto a la jurisdicción universal en materia civil, hay un antecedente importante y es el que se valió de la aplicación de una ley promulgada, en primer lugar, en 1789, como acápite de la Primera Ley Judicial, bajo el nombre de *Alien Torts Act* (Ley sobre Responsabilidad Civil de Extranjero). Esa ley la aplicó un tribunal en el caso *Filártiga vs Peña Irala* en el que se dice:

En sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, a cargo del Juez Irving R. Kaufman, en 1980. Dicha sentencia tiene la importancia de ser uno de los pocos casos de decisiones en acciones intentadas ante la jurisdicción de los tribunales federales de los Estados Unidos,

⁸ *'Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal'* Anexo de la nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, acceso el 28 de agosto de 2022, http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html#N_35.

⁹ M. Cherif Bassiouni, 'Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea', *Virginia Journal of International Law Association* 42, (Otoño 2001), acceso el 28 de agosto de 2022, <https://corteidh.or.cr/tablas/R08116.pdf>.

con base en la ley conocida como “*Alien Tort Statute*” que puede traducirse como ley sobre reclamos de responsabilidad civil por parte de extranjeros¹⁰.

Dicha ley tiene su origen en el Primer Congreso de los Estados Unidos, que estableció una cláusula sobre jurisdicción original de los tribunales federales en todas las causas en las que un extranjero demande por responsabilidad civil por hecho ilícito cometido en violación del derecho internacional.

En el Derecho Internacional moderno, el *Alien Tort Statute* ha sido muy discutido. Sus orígenes no son muy claros. Fue aprobado como la cláusula de responsabilidad extracontractual de extranjero (*Alien Tort Clause*), una disposición de la Sección de la Ley Judicial de 1789. El autor de dicha cláusula fue Oliver Ellsworth, quien fue el tercer *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ha resultado muy difícil para los juristas norteamericanos establecer lo que Ellsworth y el Primer Congreso buscaban con esa cláusula.

El Juez del Segundo Circuito (Nueva York) decidió que el *Alien Tort Statute* confería jurisdicción federal sobre actos de tortura ocurridos fuera del territorio de los Estados Unidos porque los mismos constituían violaciones del Derecho Internacional¹¹. La decisión del Segundo Circuito en *Filártiga* estableció que, a pesar de que cuando el Primer Congreso de los Estados Unidos aprobó la referida cláusula de la Ley Judicial seguramente no se había pensado en la tortura como un caso de violación del Derecho Internacional, “*las cortes deben interpretar al Derecho Internacional no como era en 1789, sino tal como ha evolucionado y existe entre las naciones del mundo*”.

Se ha considerado conveniente reproducir una traducción del extracto de la decisión en el caso *Filártiga*, reproducida en la obra de Steiner y Alston¹² por la profundidad de sus argumentos, por el análisis que hay en ella de la naturaleza del Derecho Internacional, de sus fuentes, del examen del concepto de jurisdicción y por consideraciones breves que tiene acerca de los conflictos de leyes tal como los concibe un juez norteamericano.

¹⁰ United States Court of Appeals, Second Circuit, *Filartiga v. Peña Irala*, No. 191, Expediente 79-6090, (1980), <https://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf>.

¹¹ Pierre Legrand, ‘Proof of Foreign Law in US Courts: A Critique of Epistemic Hubris’, 8 *Journal of Comparative Law* 343 (2013), <https://www.pierre-legrand.com/ewExternalFiles/Proof%20of%20Foreign%20Law%20in%20U.S.%20Courts.pdf>.

¹² Henry J. Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context* – Oxford University Press 2008.

Conceptos de Jurisprudencia Universal.

CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

En cuanto a la jurisdicción universal en materia penal, hay varias interpretaciones; todo depende de lo que establezcan leyes federales en materia penal. Por ejemplo, se considera que hay aplicación de la jurisdicción universal cuando la autorizan esas leyes.

Un caso es el de la legislación sobre piratería en alta mar tal como la define el Derecho Internacional, aunque se opina que no se aplica esa jurisdicción en su pleno sentido, ya que no se extiende a la autoridad de los Estados Unidos para aplicación cuando se trata del territorio de una nación extranjera. También hay otras leyes que criminalizan los actos de violación de derechos humanos, como la toma de rehenes, el secuestro de aeronaves, el sabotaje de aeronaves, la tortura oficial cometida en naciones extranjeras por ciudadanos de otros países, entre otros. La Universidad de Chicago se refiere en la materia, al disertar sobre jurisdicción Universal:

Los Estados Unidos no son signatarios del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y por lo tanto no pueden solicitar que se aplique la jurisdicción internacional a la comisión de crímenes tipificados por el Estatuto. Sin embargo, cuando esos crímenes están tipificados en su legislación nacional, sí podrían aplicar la jurisdicción universal¹³.

2. Canadá

Canadá es un Estado Parte del Estatuto de Roma. Fue el décimo cuarto Estado en firmar el 18 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 29 de junio de 2000. El caso de Canadá es interesante por la manera como trata el ejercicio de la jurisdicción universal, independientemente de lo que asumió como al ratificar el Estatuto de Roma

En trabajo publicado por *Open Society* se dice lo siguiente:

Canadá ha promulgado legislación que establece jurisdicción universal para el enjuiciamiento de ciertos crímenes internacionales. De acuerdo con la Sección 6(1) de la Ley Contra los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra (CAHWCA), el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra son objeto de sanción penal cuando se han cometido en el extranjero¹⁴.

¹³ Curtis A. Bradley, «Universal Jurisdiction and U.S. Law», University of Chicago Legal Forum (2001): Iss. 1, Article 9, acceso el 28 de Agosto de 2022, <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2001/iss1/9>.

¹⁴ Justice Initiative, '*Universal Jurisdiction Law and Practice in Canada*', April 2020, acceso el 29 de agosto de 2022, <https://www.justiceinitiative.org/publications/universal-jurisdiction-law-and-practice-in-canada>.

Conceptos de Jurisprudencia Universal.

CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

Adicionalmente, la sección 8 de la CAHWCA establece las condiciones para que Canadá ejerza jurisdicción universal.

3. México

Se hace necesario analizar las contradicciones que hay en el tratamiento de la jurisdicción universal por parte de México.

En publicación de El Universal de México, se dice:

El 15 de diciembre de 2009, el Senado de la República aprobó un proyecto de Ley Reglamentaria del artículo 21 constitucional (conocida como Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional), el cual fue enviado a la Cámara de Diputados, en donde sigue pendiente para su discusión y aprobación. Quizás sea el momento de que el legislador renueve sus esfuerzos en esta trascendental materia y culmine el proceso legislativo correspondiente; tomando en consideración que se trata de una jurisdicción supletoria y complementaria al sistema penal mexicano. No olvidemos que ya tenemos leyes penales que pretenden prevenir los delitos más graves contra la humanidad, y contamos con un sistema judicial que debe fortalecerse cada día para hacer una realidad el castigo al delincuente y disminuir la impunidad. Sólo cuando falla el sistema judicial de un país encuentra sentido un tribunal internacional que tiene como finalidad evitar la impunidad de los delitos. Si la justicia nacional opera adecuadamente, la jurisdicción penal internacional no encuentra aplicación¹⁵.

Hasta ahora, la referida Ley no ha sido promulgada y puede decirse que en México están divididas las opiniones en cuanto a la aplicación de la jurisdicción penal universal, así tenemos lo que se dice en La Jurisdicción Universal Un Imperativo para México:

Regresando al caso de México ¿qué podemos decir sobre este tema tan trascendente? En nuestro país no se contempla el principio de justicia universal. Dentro de las normas vigentes, no hay reconocimiento expreso de dicha facultad supranacional. Todo lo contrario, el gobierno mexicano se ha caracterizado por establecer candados normativos para reconocer la competencia de tribunales internacionales, por ejemplo, en el artículo 21 constitucional se dispone:

¹⁵ Alfonso Pérez Daza, 'México y la jurisdicción penal internacional', El Universal de México, 4 de enero de 2017, acceso el 27 de agosto de 2022, <https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/alfonso-perez-daza/nacion/2017/01/4/mexico-y-la-jurisdiccion-penal>.

“El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.”, supeditado en todo momento la justicia internacional al orden político, pues dicho reconocimiento pasa, necesariamente, por la propuesta del presidente de la República y por la aprobación del Senado¹⁶.

4. Argentina

En el 2006 se promulgó la Ley de Implementación del Estatuto de Roma. En su texto se expone:

ARTÍCULO 1º - La presente ley tiene como objeto implementar las disposiciones del Estatuto de Roma suscripto el 17 de julio de 1998, aprobado por la Ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, y regular las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de las funciones encomendadas a este organismo por el citado instrumento y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencia a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, en lo no previsto en el Estatuto de Roma y sus normas complementarias, en particular las Reglas de Procedimiento y Prueba.

...

ARTÍCULO 3º - Esta ley se aplica:

- a) A los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la República Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;
- b) A los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo;
- c) A los delitos cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República Argentina, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena¹⁷.

¹⁶ Ulises Sandal, 'La Jurisdicción Universal Un Imperativo para México', La Silla Rota, 5 de marzo de 2016, acceso el 27 de agosto de 2022, <https://lasillarota.com/opinion/columnas/2016/3/5/la-justicia-universal-un-imperativo-para-mexico-332991.html>.

¹⁷ Ley De Implementación Del Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional, Buenos Aires, 13 de diciembre de 2006, Boletín Oficial, 9 de enero de 2007, acceso el 26 de agosto de 2022,

5. Uruguay

La República Oriental del Uruguay, al igual que Argentina, tiene una Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional. En dicha ley se dispone:

Artículo 2º. (Derecho y deber de juzgar crímenes internacionales). - La República Oriental del Uruguay tiene el derecho y el deber de juzgar los hechos tipificados como delito según el derecho internacional.

Especialmente tiene el derecho y el deber de juzgar, de conformidad con las disposiciones contenidas en esta ley, los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por la Ley N° 17.510, de 27 de junio de 2002.

Artículo 3º. (Principios de derecho penal).- Serán aplicables a los crímenes y delitos tipificados por esta ley los principios generales de derecho penal consagrados en el derecho nacional y en los tratados y convenciones de los que Uruguay es parte y, en particular, cuando correspondiere, los enunciados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los especialmente establecidos en esta ley¹⁸.

6. Brasil

Brasil ha firmado y/o ratificado casi todos los tratados internacionales e interregionales que dan lugar a la aplicación de la jurisdicción internacional.

El hecho de firmar y sancionar tratados no es suficiente para determinar cómo y cuándo aplica o no Brasil la jurisdicción penal universal. Puede decirse que en Brasil no ha sido muy abundante la doctrina sobre el tema de la jurisdicción penal universal —que en Brasil llaman *competência repressiva universal*, así, como en el derecho francés no hablan de jurisdicción universal, sino de competencia universal. Se ha tomado en consideración la postura indulgente que hubo durante la dictadura militar. La razón para esa postura indulgente radica en el hecho de que cuando la dictadura militar, los jefes del gobierno querían evitar que se le pudiera investigar y/o acusar en cuanto a hechos punibles.

<http://www.saij.gob.ar/26200-nacional-ley-implementacion-estatuto-roma-corte-penal-internacional-lns0005179-2006-12-13/123456789-0abc-defg-g97-15000scanyel>.

¹⁸ Ley N° 18.026, Cooperación Con La Corte Penal Internacional En Materia De Lucha Contra El Genocidio, Los Crímenes De Guerra Y De Lesa Humanidad, 4 oct/006 - N° 27091, acceso el 26 de agosto de 2022, https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/AnexoI_Ley18026.pdf.

Es de notar que la postura de la cancillería brasileña, más acorde con los compromisos asumidos internacionalmente por el país, no es la misma que han seguido tanto el poder legislativo como el poder judicial. En efecto, en el plano interno se observa, entre otras cosas, cómo el Supremo Tribunal Federal, en desacatamiento de lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la inadmisibilidad de la ley de amnistía, la mantuvo¹⁹.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico brasileiro, la jurisdicción penal universal pueden ejercerla los tribunales nacionales de Brasil en el caso del crimen de genocidio y de los crímenes que Brasil se obligó a reprimir bajo tratado o convención. Fuera de los crímenes de genocidio y tortura, no ha tipificado los crímenes de guerra tipificados en las Convenciones de Ginebra y en el Estatuto de Roma, de este último tratado se resaltan los de lesa humanidad.

En Brasil no hay coordinación entre lo que se dispone en el plano interno y en el internacional, ni hay coordinación entre los tres poderes, que tienen muchas veces posturas distintas. Se observa que la postura de la cancillería brasileña está mucho más avanzada que su legislación y su jurisprudencia²⁰.

7. Bélgica

En un principio, la legislación belga se ajustaba a los crímenes previstos por el derecho internacional. Así lo vemos en la Ley del 16 de junio de 1993, relativa a la represión de las graves infracciones a las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977. Dicha ley fue modificada por la Ley del 1º de febrero de 1999, relativa a las graves infracciones del derecho penal humanitario. Desafortunadamente, la ley del 23 de abril de 2003, relativa también a las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, redujo el alcance de la aplicación de la jurisprudencia penal universal²¹.

¹⁹ Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Gomes Lund y otros (“guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre De 2010, acceso el 28 de agosto de 2022, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf.

²⁰ Renata Rossini Fasano, A competência repressiva universal no direito penal internacional, (Faculdade de Direito Da Universidade de São Paulo, 2011), acceso el 24 de agosto de 2022, https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-18052012-141016/publico/Renata_Rossini_Fasano_ME.pdf.

²¹ Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/loi-du-16-juin-1993-texte-de-loi.pdf>.

Bélgica, que era uno de los pocos Estados en lo que sus leyes se adaptaban al Derecho Internacional Penal, hubiera retrocedido debido a presiones en cuanto al caso del excanciller congolés Yarodia, contra quien Bélgica había logrado que se dictara una orden de arresto alegando que había cometido crimen de genocidio. El Congo demandó a Bélgica ante la Corte Internacional de Justicia y esta falló a favor del Congo, declarando que Yarodia gozaba de inmunidad²².

8. Francia

Los tribunales franceses han tenido mucha experiencia en la aplicación de la jurisdicción penal universal al apoyarse en legislación adecuada. En efecto, veamos lo que disponen tanto el Código de Procedimiento Penal como el Código Penal.

El Código de Procedimiento Penal francés dispone:

Artículo 689

Los autores o cómplices de infracciones cometidas fuera del territorio de la República pueden ser perseguidos y enjuiciados por las jurisdicciones francesas ya sea cuando en conformidad con las disposiciones del libro primero del código penal o de otro texto legislativo, la ley francesa es aplicable, ya sea cuando una convención internacional o un acto realizado en aplicación del tratado que constituye las Comunidades europeas les confiere competencia a las jurisdicciones francesas para conocer de la infracción.

Artículo 689-1

En aplicación de las convenciones internacionales contempladas en los siguientes artículos, puede ser perseguida y juzgada por las jurisdicciones francesas, toda persona que se haya hecho culpable fuera del territorio de la República de una de las infracciones enumeradas por estos artículos. Las disposiciones del presente artículo son aplicables a la tentativa de esas infracciones, cada vez que ésta sea castigable.

Artículo 689-2

²² International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement 14 February 2002, acceso el 24 de agosto de 2022, <http://www.icj-cij.org>.

Para la aplicación contra la tortura y otras penas u otros tratos, crueles, inhumanos o degradantes, aprobada en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, se puede perseguir y juzgar bajo las condiciones previstas en el artículo 689-2 a toda persona culpable de torturas en el sentido del artículo primero de la convención²³.

Por su parte, el Código Penal establece:

Artículo 211-1

Constituye un genocidio el hecho, en ejecución de un plan concertado que tiende a la destrucción total o parcial e un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o de un grupo determinado a partir de todo otro criterio arbitrario, de cometer o de hacer cometer, contra miembros de ese grupo, uno de los siguientes actos

—ataque voluntario a la vida,

—ataque grave a la integridad física o psíquica;

—sometimiento a condiciones de existencia de naturaleza que puedan acarrear la destrucción total o parcial del grupo;

—medidas que apunten a trabar los nacimientos;

—transferencia forzada de niños

El genocidio está castigado con reclusión penal a perpetuidad.

Los dos primeros apartes del artículo 132-23 en relación con el período de seguridad son aplicables al crimen previsto por el presente artículo,

Artículo 212-2

Constituye igualmente un crimen de lesa humanidad y está castigado con reclusión penal perpetua uno de los actos aquí luego cometido en ejecución de un plan concertado en contra de un grupo de población civil en el marco de un ataque generalizado o sistemático:

²³ Code de procédure pénale (Décret) (amendé 1999), 20 March 1999, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b53e0.html>.

1. El ataque voluntario a la vida;
2. El exterminio
3. La reducción a la esclavitud
4. La deportación o la transferencia forzada de población;
5. El encarcelamiento o toda otra forma de privación grave de libertad física en violación de las disposiciones fundamentales del derecho internacional;
6. La tortura;
7. la violación, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o toda otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
8. La persecución de todo grupo o de toda colectividad identificable por motivos de orden político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso o sexista o en función de otros criterios reconocidos internacionalmente como inadmisibles en derecho internacional;
9. La desaparición forzada;
10. Los actos de segregación cometidos en el marco de un régimen institucionalizado de opresión sistemática y de dominación de un grupo racial sobre todo otro grupo racial o todos otros grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;
11. Los otros actos inhumanos de carácter análogo que causen intencionalmente grandes sufrimientos o ataques graves a la integridad física o psíquica

Los dos primeros apartados del artículo 132-23 relativos al período de seguridad son aplicables a los crímenes previstos por el presente artículo.

Artículo 212-3

La participación en una agrupación formada o en una alianza establecida con miras a la preparación caracterizada por uno o varios hechos materiales, de uno de los crímenes definidos por los artículos 211-1, 212-1 y 212-2 está castigada por reclusión criminal a perpetuidad.

Los dos primeros apartados del artículo 132-23 relativos al período de seguridad son aplicables a los crímenes previstos por el presente artículo²⁴.

Entre los casos en los que los tribunales franceses aplicaron su “competencia universal” está el de Wenceslas Munyeshyak²⁵. Francia realizó un esfuerzo por tratar de adaptar su legislación a lo dispuesto por el Estatuto de Roma, con una mejor definición, en el derecho interno, de los crímenes tipificados.

9. España

Se dice que España es uno de los primeros países que aplicó la jurisdicción penal universal, en el caso del ex presidente de Chile, Augusto Pinochet, residenciado en Londres, acusado de haber cometido graves crímenes de Derecho Penal Universal —ya Israel la había aplicado en el caso Eichmann.

La base para la aplicación de dicha jurisdicción se halla en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial²⁶, que dispone:

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) (*) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

²⁴ Code pénale, 1 March 1994, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/>.

²⁵ Trial International, Wenceslas Munyeshyaka, 15 de julio de 2020, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://trialinternational.org/fr/latest-post/wenceslas-munyeshyaka/>.

²⁶ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, acceso el 24 de agosto de 2022.

En la enmienda de la referida Ley, de fecha 3 de noviembre de 2009, se incluyeron los crímenes de lesa humanidad, el tráfico internacional de personas y la mutilación genital femenina. También se incluyó la exigencia de que:

(i) la presencia del acusado en el territorio español²⁷; (ii) que las víctimas fueran ciudadanos españoles; (iii) que existiera con España algún relevante vínculo de conexión con el caso; (iv) que ningún otro tribunal nacional competente o un tribunal internacional hubiera iniciado un procedimiento en relación con los crímenes cometidos²⁸.

Es de hacer notar que España, al igual que Bélgica, sufrió presiones externas para que modificara su manera de aplicar la jurisdicción penal internacional. Fue así en la investigación contra ciudadanos estadounidenses en relación con supuestos crímenes que se hubieran cometido en Guantánamo y en Iraq.

10. Alemania

Puede decirse que Alemania es el país que más se ha apegado a las exigencias impuestas por el Derecho Penal Internacional y por el Estatuto de Roma. Es así que, promulgó un Código de Crímenes contra el Derecho Internacional. Ese código es considerado, a nivel mundial, como un modelo de código penal en la aplicación de la extraterritorialidad de la aplicación de la ley penal, y establece:

Esta ley se aplicará a los delitos contra el derecho internacional que designa esta ley, a delitos que, con arreglo a las secciones 6 a 12, incluso cuando el delito se cometió en el extranjero y no está relacionado con Alemania. Para los delitos con arreglo a la sección 13 que se cometieron en el extranjero, esta Ley se aplicará independientemente de la ley del lugar donde se cometió el acto, si el perpetrador es alemán o si el delito apunta a la República Federal de Alemania²⁹.

Tal como lo vimos en los casos de Bélgica y Francia, países que modificaron su legislación dificultando la aplicación de la jurisdicción penal universal, Alemania, en cambio, modificó su legislación para

²⁷ Dada en el caso Pinochet.

²⁸ *Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, acceso el 24 de agosto de 2022.*

²⁹ *Código Penal Internacional de 26 de junio de 2002 (BGBl. I p. 2254), que ha sido modificado por el artículo 1 de la ley de 22 de diciembre de 2016 (BGBl. I p. 3150), acceso el 24 de agosto de 2022.*

facilitar la aplicación de esa jurisdicción. Sin embargo, se observa que, a pesar de estos adelantos, los jueces alemanes no aplican bien la jurisdicción penal internacional. El prestigioso jurista Wolfgang Kaleck opina que las razones radican en el hecho se debe a “*oportunismo político vinculado a objetivos económicos y de política exterior, falta de voluntad política de las autoridades (...), poca comprensión sobre la práctica del derecho internacional penal y dificultades relacionadas con las investigaciones*”³⁰.

11. África

En un artículo publicado por la Fundación Baltazar Garzón, se dice lo siguiente:

Ahora que en Europa se da un paso atrás en la lucha contra la impunidad a causa de las presiones políticas, diplomáticas y económicas de poderosos Estados poco interesados en la defensa de los derechos humanos, son Latinoamérica y África las flamantes y verdaderas esperanzas de futuro para la jurisdicción universal. Esta conclusión parece evidente al constatar cómo Chile, Argentina, Senegal y la República Sudafricana se postulan como los nuevos paladines de la lucha contra la impunidad y la búsqueda de justicia allá donde les es negada a las víctimas³¹.

Tal vez exista razón en el enunciado anterior, sin embargo, en lo que respecta al continente africano, debe resaltarse el hito marcado con el caso del antiguo líder de la milicia del Chad, Hissène Habré, condenado por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en un juicio seguido por un Tribunal Especial creado por la Unión Africana (UA), el cual se convirtió en términos de justicia universal³².

Ahora bien, habida cuenta de los procesos europeos en aplicación de la justicia universal contra líderes africanos, los Estados Miembros de la UA han adoptado varias decisiones basadas en argumentos de abusos en su implementación por razones políticas, así pues, en el año 2008, la Asamblea de la UA y la Unión Europea acordaron crear un grupo técnico para dilucidar las cuestiones por solventar en el

³⁰ Exberliner, ‘El extraordinario abogado de derechos humanos de Berlín: Wolfgang Kaleck’, 4 de febrero de 2019, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://www.exberliner.com/books/wolfgang-kaleck-interview/>.

³¹ Fibgar, ‘Latinoamérica y África, la esperanza de la Jurisdicción Universal’, acceso el 23 de agosto de 2022, <https://fibgar.es/latinoamerica-y-africa-la-esperanza-de-la-jurisdiccion-universal/>.

³² Amnistía Internacional, Sentencia sobre Hissène Habré: una decisión histórica garantiza justicia a decenas de miles de víctimas, 30 de mayo de 2016, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2016/05/hissene-habre-verdict-landmark-decision-brings-justice-for-tens-of-thousands-of-victims/>.

contexto de la justicia universal, presentando un informe en el 2009, en el cual se incluía algunas recomendaciones, tales como:

R6. Al ejercer la jurisdicción universal sobre delitos graves de trascendencia internacional como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura, los Estados deben tener presente la necesidad de evitar que se perjudiquen las relaciones internacionales amistosas.

...

R11. Dada la gravedad de los crímenes graves de trascendencia internacional, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la tortura, los Estados miembros de la UA y de la UE podrían considerar la posibilidad de legislar para especificar el nivel adecuado de los tribunales en los que deben iniciarse los procedimientos relativos a dichos crímenes. También podrían contemplar la posibilidad de proporcionar formación especializada en el enjuiciamiento y el juicio de dichos crímenes.

R12. Cuando un Estado, ya sea por iniciativa propia o a petición de otro Estado, haya detenido a una persona sospechosa por un Estado extranjero de haber cometido un delito grave de trascendencia internacional, deberá tener en cuenta el llamamiento realizado en 2005 por el *Institut de droit international*, según el cual todo Estado que tenga la custodia de un presunto delincuente en la medida en que se apoye únicamente en la jurisdicción universal, debería examinar cuidadosamente y, en su caso, acceder a cualquier solicitud de extradición que le dirija un Estado que tenga un vínculo significativo, como la territorialidad o la nacionalidad, con el delito, el delincuente o la víctima, siempre que dicho Estado esté claramente capacitado y dispuesto a enjuiciar al presunto delincuente³³.

Pese a los esfuerzos de concretar un entendimiento entre las organizaciones regionales, las tensiones aumentaron al producirse el arresto en Francia de Rose Kabuye, jefa del protocolo del presidente ruandés Paul Kagame³⁴. Al transcurrir de los años, la UA ha insistido a través de varias decisiones el descontento en las cuestiones que sustentan el empleo del principio de jurisdicción universal en otros continentes, afirmando:

³³ EUMonitor, The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgtbgrmw0>.

³⁴ La Nación, Inculpan a ruandesa Rose Kabuye en Francia de complicidad en asesinatos, 19 de noviembre de 2008, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://www.nacion.com/el-mundo/inculpan-a-ruandesa-rose-kabuye-en-francia-de-complicidad-en-asesinatos/DBMGZ7SDNZEQVLZDSUS4GZE7CQ/story/>.

- (i) El abuso del Principio de Jurisdicción Universal es un hecho que podría poner en peligro el derecho, el orden y la seguridad internacionales;
- (ii) El carácter político y el abuso del principio de jurisdicción universal por parte de jueces de algunos Estados no africanos contra dirigentes africanos, en particular Ruanda, es una clara violación de la soberanía y la integridad territorial de estos Estados;
- (iii) El abuso y el mal uso de las acusaciones contra líderes africanos tienen un efecto desestabilizador que repercutirá negativamente en el desarrollo político, social y desarrollo político, social y económico de los Estados y su capacidad para relaciones internacionales;
- (iv) Estas órdenes no se ejecutarán en los Estados miembros de la Unión Africana de la Unión Africana;
- (v) Es necesario establecer un organismo regulador internacional con competencia para revisar y/o tramitar las quejas o recursos que surjan del abuso del principio de jurisdicción universal por parte de Estados individuales³⁵.

12. China

En la reunión del Sexto Comité en la ONU sobre jurisdicción universal, el delegado de China expuso lo siguiente:

Como asunto sintético que involucra aspectos políticos y diplomáticos, la jurisdicción universal es tanto compleja como sensitiva. El Sexto Comité ha deliberado sobre este tópico durante siete años consecutivos, pero todavía hay notables diferencias entre los Estados en cuanto a su definición y al alcance de su aplicación. Salvo pocos crímenes graves tales como la piratería y los cometidos en alta mar, ha habido amplios puntos de vista divergentes sobre el alcance de los crímenes a los que se les puede aplicar. Un consenso sigue siendo aún muy lejano.

...

³⁵ Assembly Of The African Union, Decision On The Report Of The Commission On The Abuse Of The Principle Of Universal Jurisdiction Doc. Assembly/AU/14 (XI), 2008, acceso el 24 de agosto de 2022, https://au.int/sites/default/files/decisions/9558-assembly_en_30_june_1_july_2008_auc_eleventh_ordinary_session_decisions_declarations_tribute_resolution.pdf.

La delegación china cree que la actual prioridad de nuestra consideración es asegurar la prudente aplicación de este principio por parte de los Estados y prevenir su abuso de modo de evitar efectos negativos sobre la estabilidad de las relaciones entre los Estados³⁶.

Como se observa, China es muy restrictiva en cuanto a la aplicación de la jurisdicción universal.

13. Venezuela

Venezuela se adhirió al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 14 de octubre de 1998 y lo ratificó mediante Ley el 7 de junio de 2000, ese instrumento de ratificación fue depositado en Nueva York. En el Preámbulo de la Ley de ratificación, expuso lo siguiente:

Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad.

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.

³⁶ Declaración del Sr. Zhou Wu, Delegado de China, En la 70ª sesión de la Asamblea General de la ONU, *El alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal*, Nueva York, 20 y 21 de octubre de 2015, acceso el 24 de agosto de 2022, https://www.un.org/en/ga/sixth/70/pdfs/statements/universal_jurisdiction/china.pdf.

Conceptos de Jurisprudencia Universal.
CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstengan de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado en los desacuerdos internos de otro Estado.

Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad en su conjunto.

Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera,

Han convenido en lo siguiente:

[sigue el texto completo del Estatuto]³⁷.

Para determinar cómo se ha aplicado y cómo se aplica la jurisdicción penal universal en Venezuela antes y después de la aprobación del Estatuto de Roma hay que revisar las bases existentes en la legislación venezolana.

i. Constitución de la República (1999):

Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

³⁷ *Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.507 Extraordinario, 13 de diciembre de 2000, acceso el 24 de agosto de 2022.*

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público³⁸.

i. Código Penal (2000):

Artículo 4.-Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:

1- Los venezolanos que, en país extranjero se hagan reos de traición contra la República y los que, unos contra otros, cometan hechos punibles según sus leyes.

2- Los súbditos o ciudadanos extranjeros que en país extranjero cometan algún delito contra la seguridad de la República o contra alguno de sus nacionales. En los dos casos anteriores se requiere que el indiciado haya venido al espacio geográfico de la República y que se intente acción por la parte agraviada, o por el Ministerio Público en los casos de traición o de delito contra la seguridad de Venezuela.

Requíerese también que el indiciado no haya sido juzgado por los Tribunales extranjeros, a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena³⁹.

Al leer lo que dispone el artículo 22 de la Constitución arriba citado, en el sentido de que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales de la república, uno se pregunta si los tratados y las convenciones ratificados por Venezuela referentes al Derecho Internacional Penal tienen la misma jerarquía. La respuesta es negativa, ya que el citado artículo se limita a los tratados sobre derechos humanos y no a los referentes a Derecho Internacional Penal que deben ser objeto de una ley que los incorpore a la legislación nacional.

³⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 29 Diciembre 1999, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, acceso el 24 de agosto de 2022, https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf.

³⁹ *Código Penal Venezolano*, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.768, 13 de abril de 2005, acceso el 24 de agosto de 2022.

Conceptos de Jurisprudencia Universal.

CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

En Venezuela, lo dispuesto por la Constitución y por el Código Penal no ha dado lugar a que se aplique la jurisdicción universal tal como debe asumirse al comprometerse internacionalmente. En primer lugar, si bien Venezuela aprobó legislativamente el Estatuto de Roma y tratados y convenciones que tratan sobre derecho internacional, no ha aprobado leyes que incorporen a la legislación nacional las normas fijadas en tales documentos. Por más que he buscado, no he hallado casos en los que Venezuela haya aplicado debidamente la institución de la jurisdicción universal. Al contrario, el gobierno venezolano ha manifestado rechazo frente a sus obligaciones en materia tanto de derechos humanos como de derecho internacional penal. Así vemos cómo el gobierno denunció la Convención Americana de Derechos Humanos, desconociendo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se rebela ante la Corte Penal Internacional.

Sorprenden las declaraciones del Embajador de Venezuela ante la Asamblea General de las Naciones, el 12 de octubre de 2017, en el tema de la Agenda de la Sexta Comisión sobre el alcance y la aplicación del principio de la Jurisdicción Universal. Se dijeron cosas como las siguientes:

3. Es el caso que la aplicación de jurisdicción universal es aún de mayor restricción, debido a su carácter penal, solo procedente en el caso de que el delito esté expresamente previsto por la ley; excepcional, pues no procede siempre, sino solo si se dan los específicos supuestos no ordinarios que prevé la norma y que no pueden nunca interpretarse discrecionalmente, y; universal, pues se aplica para determinados casos y en determinadas situaciones.

4. Es así la jurisdicción universal una institución del Derecho Internacional de carácter excepcional para el ejercicio de la jurisdicción penal, que sirve para combatir solo en casos excepcionales, es decir, no ordenarlos, la impunidad y para reforzar la justicia, pero únicamente cuando se está ante hechos graves que trascienden las fronteras y afectan a la comunidad internacional. Ahora bien, tratándose tales "hechos graves" de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", no puede en forma alguna dejarse el establecimiento lento del alcance de su aplicación sino al Derecho Internacional, permitiéndose sólo a los Estados ejercerla como complemento de su jurisdicción soberana basada en la territorialidad o nacionalidad.

5. Por otra parte, la jurisdicción universal no debe confundirse con la jurisdicción penal internacional ni con la obligación de extraditar o juzgar, instrumentos que, en todo caso, solo podrían ser complementarios de su aplicación restrictiva. Que existan tales facultades en general no significa que la

jurisdicción universal debe ser aceptada automáticamente. Tales figuras son propias de la jurisdicción penal internacional y complementarlas de la jurisdicción universal y ello además cuando se determine que dicha jurisdicción sea procedente.

6. En virtud de lo expuesto, Venezuela considera indispensable continuar estudiando las categorías de delitos que podrían ser revisados por la jurisdicción universal, so pena de que pueda producirse una interpretación inadecuada y desproporcionada cuantitativa y cualitativamente con las circunstancias específicas y concretas que se deseen resolver, que pueda generar situaciones irreversibles e injustas, e incluso ir generando *a posteriori* doctrina internacional.

7. Consideramos, por consiguiente, la mejor vía para la institucionalización definitiva de este principio a nivel internacional, la conclusión en un futuro de un tratado que armonice los elementos necesarios para su aplicación, sin que se ponga en peligro el Estado de Derecho Internacional.

8. La jurisdicción universal, tal como se desprende, aún constituye un principio incipiente. A pesar de los debates que sobre la misma se han llevado a cabo en el seno de las Naciones Unidas, no existe aún plena claridad jurídica en cuanto a su conceptualización y alcance, lo que es por lo demás, y en esto insistimos, grave en el caso de las instituciones de interpretación restringida del derecho penal. Clasificar de excepcional una institución implica en el derecho respetar la garantía del derecho a una interpretación justa y adecuada de la misma con la situación concreta, pudiendo lo contrario generar, conceptos violatorios de los elementos político-jurídicos susceptibles que se desean proteger. De allí que, sea menester insistir en que se ahonde en las discusiones y estudio de tal disciplina

9. En este sentido, esta delegación es de la opinión que, para asegurar la aplicación imparcial y objetiva de este principio, se requiere desarrollar definiciones y mecanismos claros y transparentes, que permitan evitar aplicaciones basadas en interpretaciones utilitarias que puedan desembocar en actuaciones intervencionistas y violatorias del principio de no injerencia en los asuntos internos de los estados.

10. Si no se está claro ni están definidas cuáles son las actuaciones que pueden ser consideradas como delitos en el ámbito de la indicada jurisdicción universal, no puede existir competencia de fiscal alguno para su revisión, ni pretenderse que con su aplicación se está impidiendo la incursión en impunidad y deba, por tanto, aplicarse una sanción. Solo existe impunidad cuando se realice una acción que ha sido tipificada como delictiva y esta no se sanciona, por cuanto no se considera que proceda responsabilidad penal alguna de quien la realice.

11. A estos efectos, causa particular preocupación que se quiera dar una aplicación irrestricta de la jurisdicción universal (lo cual es de por sí una "*contradictio in terminis*", pues no puede ser de aplicación irrestricta una jurisdicción cuyos supuestos de aplicación aún se discuten), por parte de fiscales con ambiciones políticas internas, y en consecuencia, objetivamente incapaces de realizar interpretaciones no discrecionales en casos concretos, y más aún que se sientan tentados a iniciar causas a funcionarios públicos de otros países, con lo que incurren en el vicio de usurpación de funciones, no sólo por cuanto se alejan de la búsqueda de la justicia, sino porque pueden menoscabar así el estado de derecho a nivel internacional a través de la vulneración de principios largamente reconocidos, como los de igualdad soberana de los Estados, no injerencia en los asuntos internos y respeto a la soberanía de los Estados, los cuales son fundamentales para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Se desprende de la citada declaración del Embajador venezolano ante la ONU que el gobierno venezolano no está realizando grandes esfuerzos para que se aplique la institución de la jurisdicción universal de conformidad con los compromisos asumidos internacionalmente. Es claro que la posición de Venezuela en cuanto a la aplicación de la jurisdicción universal dista mucho de la que han adelantado países como Alemania, tal como arriba se expuso.

3. CONCLUSIONES

Con el transcurso del tiempo ha habido muchas ambigüedades en cuanto a la noción y aplicación de la jurisdicción universal. Ya lo hemos visto como es el caso en diferentes países. Incluso hay diferencias en cuanto a la definición del término, ya que hay quienes no hablan de jurisdicción sino de competencia. La jurisdicción universal es un modo de ejercer la extraterritorialidad de la ley, ya sea en el caso de los Estados cuya legislación lo permite o cuando lo es bajo las disposiciones del Estatuto de Roma, en cuyo caso se conoce como jurisdicción internacional. En el capítulo anterior se ha visto cómo diferentes países entienden y aplican esa institución. Lo que se interesa es buscar un modo de que se extienda cabalmente su aplicación a nivel universal para que sea un instrumento de lucha contra la impunidad en momentos, como el de ahora, cuando la delincuencia, individual u organizada se ha extendido en forma desmesurada. A pesar de que, como hemos visto, hay Estados que son reacios en admitir que a veces hay que renunciar al concepto basado en la soberanía para que la ley penal pueda aplicar extraterritorialmente. Es lógico entender que hay desavenencias en cuanto a la aplicación de la

institución y que es necesario impedir que presiones políticas o de otra naturaleza impidan o mermen su aplicación.

Tal vez sea necesario, tal como algunos lo han propuesto, que la Asamblea General de la ONU convoque a una conferencia en la que participen los Estados miembros de la organización, en la cual se apruebe un tratado que unifique todos los criterios y permita que se ejerza, taxativamente, la jurisdicción penal universal.

Apartando un poco del motivo de este artículo, me atrevo a sugerir que hay formas que pueden ayudar a fortalecer la institución. Como bien se sabe, la ley internacional penal tiene el propósito de proteger a los seres humanos frente a la violación de sus derechos fundamentales. Pero hay que tener presente que en la época que estamos viviendo se están causando daños, a veces irreparables, a la naturaleza, a la biodiversidad que ponen en peligro la vida en la tierra e incluso la de sus habitantes. La tierra merece, al igual que los seres humanos, que haya leyes protectoras. Si vemos el caso del ecocidio, hay un creciente movimiento a nivel internacional, apoyado por millones de personas, que aboga por la criminalización de ese flagelo que ha crecido exponencialmente. Es necesario que, ya sea a través de la incorporación de un nuevo crimen en el Estatuto de Roma, o que sea objeto de un nuevo tribunal internacional, que culpabiliza a los autores inmediatos y mediatos de esos daños. No hay duda de que ello daría lugar a la aplicación de la jurisdicción universal⁴⁰.

4. BIBLIOGRAFÍA

‘Aut dedere aut judicare: An overview of modes of implementation and approaches’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 6, n.o 4 (1999), págs. 331 a 365.

‘III Congreso internacional de derecho penal (Palermo, 3 - 8 abril 1933)’. *Revue internationale de droit penal* 86, (2015/1-2): 473-476. DOI: 10.3917/ridp.861.0473, disponible en: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-473.htm>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

⁴⁰ Project Syndicate, ‘La criminalización del ecocidio’, 31 de agosto de 2022, acceso el 24 de agosto de 2022, <https://www.project-syndicate.org/commentary/the-icc-should-recognize-ecocide-as-an-international-crime-by-kate-mackintosh-et-al-2021-08/spanish>.

Conceptos de Jurisprudencia Universal.
CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

‘Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal’. Anexo de la nota verbal de fecha 27 de noviembre de 2001 dirigida al Secretario General por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, disponible en: http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html#N_35. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Amnistía Internacional. Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation. Londres, Secretaría Internacional, 2001.

Arteaga Sánchez, Alberto. – La Extradición en Venezuela, en Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.- Derecho Penal Venezolano., Undécima Edición Ampliada, Ediciones Líber, 2009.

Assembly of The African Union. Decision On The Report Of The Commission On The Abuse Of The Principle Of Universal Jurisdiction Doc. Assembly/AU/14 (XI), 2008, disponible en: https://au.int/sites/default/files/decisions/9558-assembly_en_30_june_1_july_2008_auc_eleventh_ordinary_session_decisions_declarations_tribute_resolution.pdf. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Bassiouni, M.C., and Wise, E.M., Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

Bassiouni, M. Cherif y Edward M. Wise; Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

Bradley, Curtis A. ‘Universal Jurisdiction and U.S. Law’. University of Chicago Legal Forum (2001): Iss. 1, Article 9, disponible en: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2001/iss1/9>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Cançado Trindade Antônio –. O Direito em um Mundo em Transformação. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

Code de procédure pénale (Décret) (amendé 1999), 20 March 1999.

Code pénale, 1 March 1994.

Código Penal Internacional de 26 de junio de 2002 (BGBl. I p. 2254), que ha sido modificado por el artículo 1 de la ley de 22 de diciembre de 2016 (BGBl. I p. 3150).

Conceptos de Jurisprudencia Universal.
CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

Código Penal Venezolano. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.768, 13 de abril de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Sobre juzgamiento de crímenes internacionales. Resolución N° 1/03.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 29 Diciembre 1999, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Gomes Lund y otros (“guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre De 2010.

Dencker, Friedrich. -Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional (En: Estudios sobre Justicia Penal, – Homenaje al Profesor Julio B, J. Maer, – Editores del Puerto – Buenos Aires, 2006.)

Enache-Brown, Colleen y Ari Fried. ‘Universal crime, jurisdiction and duty: the obligation of aut dedere aut judicare in international law’. *Revue de droit de McGill (Montreal)*, vol. 43 (1997-1998), págs. 613 a 633.

EUMonitor. “The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction”, disponible en: <https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgtbgrmw0>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Exberliner. “El extraordinario abogado de derechos humanos de Berlín: Wolfgang Kaleck”, 4 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.exberliner.com/books/wolfgang-kaleck-interview/>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Facultad de Derecho de Harvard. ‘Research in International Law, II. Jurisdiction with respect to crime’, *AJIL*, suplemento, t. 29 (1935), págs. 435 a 651.

Fasano, Renata Rossini. “A competência repressiva universal no direito penal internacional”. Faculdade de Direito Da Universidade de São Paulo, 2011, disponible en: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-18052012-141016/publico/Renata_Rossini_Fasano_ME.pdf. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Conceptos de Jurisprudencia Universal.
CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

Fibgar. “Latinoamérica y África, la esperanza de la Jurisdicción Universal”, disponible en: <https://fibgar.es/latinoamerica-y-africa-la-esperanza-de-la-jurisdiccion-universal/>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Grocio, Hugo. Del derecho de la guerra y de la paz., Madrid, Reus, 1925.

Guillaume, Gilbert. ‘Terrorisme et droit international’. Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye 1989-III, t. 215 (1990), Dordrecht, Martinus Nijhoff., págs. 287 a 416.

Henry J. Steiner and Philip Alston, International Human Rights in Context – Oxford University Press 2008.

Henzelin, Marc. Le principe de l’universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité.

Basilea, Helbing & Liechtenhahn, 2000. Tesis doctoral de Jacqueline Hellman Moreno. Tutor: Antonio Remiro Breton. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/6837>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Hudson, Manley O. (ed.). International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest, vol. VII (1935- 1937), nos. 402-505, .Washington D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 1941.

International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement 14 February 2002.

Intervención Del Embajador Rafael Ramírez Representante Permanente De La República Bolivariana De Venezuela Ante Las Naciones Unidas, Tema De Agenda 85 Alcance Y Aplicación Del Principio De La Jurisdicción Universal, Sexta Comisión Asamblea General, New York, 12 de octubre de 2017, disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/72/pdfs/statements/universal_jurisdiction/venezuela.pdf. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Jennings, Robert y Arthur Watts (Eds.). Oppenheim’s International Law, vol. I, Peace, partes 2 a 4, 9.a ed., Harlow, Longman, 1992.

Conceptos de Jurisprudencia Universal.
CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

Justice Initiative. “Universal Jurisdiction Law and Practice in Canada”, April 2020, disponible en: <https://www.justiceinitiative.org/publications/universal-jurisdiction-law-and-practice-in-canada>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Larsaeus, Nina. ‘The relationship between safeguarding internal security and complying with international obligations of protection. The unresolved issue of excluded asylum seekers’. *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, no. 1 (2004), págs. 69 a 97.

La Nación. “Inculpan a ruandesa Rose Kabuye en Francia de complicidad en asesinatos”. 19 de noviembre de 2008, disponible en: <https://www.nacion.com/el-mundo/inculpan-a-ruandesa-rose-kabuye-en-francia-de-complicidad-en-asesinatos/DBMGZ7SDNZEQVLZDSUS4GZE7CQ/story/>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Legrand, Pierre. “Proof of Foreign Law in US Courts: A Critique of Epistemic Hubris”, 8 *Journal of Comparative Law* 343 (2013), disponible en: <https://www.pierre-legrand.com/ewExternalFiles/Proof%20of%20Foreign%20Law%20in%20U.S.%20Courts.pdf>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.507 Extraordinario, 13 de diciembre de 2000.

Ley De Implementación Del Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional. Buenos Aires, 13 de diciembre de 2006, Boletín Oficial, 9 de enero de 2007.

Ley N° 18.026, Cooperación Con La Corte Penal Internacional En Materia De Lucha Contra El Genocidio, Los Crímenes De Guerra Y De Lesa Humanidad, 4 oct/006 - N° 27091.

Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977.

Conceptos de Jurisprudencia Universal.
CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

M. Cherif Bassiouni. “Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea”. Virginia Journal of International Law Association 42, (Otoño 2001), disponible en: <https://corteidh.or.cr/tablas/R08116.pdf>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Norniella Parache, Rodolfo S. “Evolución, vigencia y aplicación de la jurisdicción en crímenes *jus cogens*”. En Argentina - Revista de Derechos Humanos y Humanitario #Humanitario # 1 septiembre 2018, disponible en: https://latam.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=bc6f2878faf50f83ab111382a180f4e6&from_section=relacionados. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

ONU. “Estados Miembros”, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/member-states>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Pérez Daza, Alfonso. “México y la jurisdicción penal internacional”. El Universal de México, 4 de enero de 2017, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/alfonso-perez-daza/nacion/2017/01/4/mexico-y-la-jurisdiccion-penal>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Project Syndicate, “La criminalización del ecocidio”, 31 de agosto de 2022, acceso el 24 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/the-icc-should-recognize-ecocide-as-an-international-crime-by-kate-mackintosh-et-al-2021-08/spanish>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Remtola, Rayman. “La jurisdicción universal al estilo francés y su superación: por una justicia efectiva”. Village de la Justice, 30 noviembre 2021, disponible en: <https://www.village-justice.com/articles/competence-universelle-francaise-son-depassement-pour-une-justice-effective,40881.html>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Sandal, Ulises. “La Jurisdicción Universal Un Imperativo para México”. La Silla Rota, 5 de marzo de 2016, disponible en: <https://lasillarota.com/opinion/columnas/2016/3/5/la-justicia-universal-un-imperativo-para-mexico-332991.html>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Trial International. “Wenceslao Munyeshyaka”, 15 de julio de 2020, disponible en: <https://trialinternational.org/fr/latest-post/wenceslas-munyeshyaka/>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Conceptos de Jurisprudencia Universal.
CARLOS ARMANDO FIGUEREDO

United States Court of Appeals, Second Circuit, *Filartiga v. Peña Irala*, No. 191, Expediente 79-6090, (1980). Disponible en: <https://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales

Resumen

El presente artículo analiza los retos en los procesos judiciales ante la Corte Penal Internacional (CPI) contra líderes políticos y autoridades estatales por la comisión de crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempos de paz. Se toman como ejemplo dos de las primeras situaciones abiertas por la Fiscalía, Kenia y Costa de Marfil para analizar las dificultades encontradas en la investigación, entre ellas la instrumentalización de los mecanismos de cooperación y las dificultades probatorias. El artículo resalta la necesidad de comprender la gravedad de los crímenes de lesa humanidad en contextos de violencia política y concluye afirmando que en estos casos es esencial que la CPI pueda realizar un desarrollo jurisprudencial de estos como delitos autónomos y de acuerdo con su perpetración en tiempos de paz.

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad, política, investigación, Corte Penal Internacional.

*Sara Cristina Fernández Rivera**

* Abogado venezolano - Consultor en Derecho Internacional y Derechos Humanos LLM en Derecho Internacional- UCL Chevening Scholar 2017-2018.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Crimes against humanity before the International Criminal Court: challenges in the proceedings against political leaders and state authorities

Abstract

This article explores the challenges in the judicial proceedings before the International Criminal Court (ICC) against political leaders and state authorities for the commission of crimes against humanity in peacetime. It provides two examples, Kenya and Côte d'Ivoire, to examine the difficulties encountered by the Office of the Prosecutor during the investigation, namely the usage of cooperation mechanisms to hinder the proceedings and substantial evidentiary challenges. The article highlights the need to understand the seriousness of crimes against humanity in contexts of political violence and concludes that to accomplish the purpose of the Rome Statute, it is essential for the ICC to carry out a jurisprudential development of crimes against humanity as autonomous and according to their perpetration during peacetime.

Résumé

Cet article analyse les défis auxquels sont confrontées les procédures judiciaires devant la Cour pénale internationale (CPI) lorsqu'il s'agit de poursuivre des dirigeants politiques et des autorités étatiques pour des crimes contre l'humanité commis en temps de paix. Deux des premières situations ouvertes par le Bureau du Procureur, à savoir le Kenya et la Côte d'Ivoire, sont prises comme exemples pour analyser les difficultés rencontrées dans l'enquête, notamment la manipulation des mécanismes de coopération et les obstacles liés à la preuve. L'article souligne la nécessité de comprendre la gravité des crimes contre l'humanité dans des contextes de violence politique et conclut en affirmant que, dans ces cas, il est essentiel que la CPI puisse développer une jurisprudence spécifique reconnaissant ces crimes comme autonomes et commis en temps de paix.

Mots clés : CPI, Leaders politiques, Responsabilité supérieure, Violence politique, Crimes contre

1. INTRODUCCIÓN

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Los crímenes contra la humanidad se encuentran tipificados en todos los instrumentos de tribunales penales internacionales e híbridos desde Núremberg¹, incluyendo el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)², El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)³, la Corte Especial de Sierra Leona⁴, las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya⁵ y, por su puesto, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)⁶. Aunque el concepto nació asociado a situaciones de conflicto armado y requería un nexo para constituirse, a medida que el sufrimiento y las violaciones de derechos humanos realizadas por gobierno totalitarios y dictaduras en contra de sus propios nacionales fue cobrando igual relevancia que las situaciones de conflicto, la figura de crímenes de lesa humanidad fue desligada de este vínculo inicial.

El Estatuto de Roma, creado con la finalidad de asegurar que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no queden sin castigo y para poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a su prevención⁷, incluyó los crímenes de lesa humanidad entre sus provisiones junto con la de genocidio, crímenes de guerra y el delito de agresión. Según el artículo 7 del Estatuto, los crímenes de lesa humanidad se entienden como aquellos que son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil en la implementación de una política de un Estado o de una organización. Aunque en el derecho internacional contemporáneo, la conceptualización de crímenes de lesa humanidad no se encuentra asociada a la existencia de un conflicto armado, esta unión del pasado sigue teniendo un impacto en la forma en la cual se ha judicializado y desarrollado en la jurisprudencia. La CPI cuenta actualmente con 17 investigaciones

¹ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 6 de octubre de 1945, artículo 6(c).

² Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, Resolución 827, 25 de mayo de 1993, artículo 5.

³ Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda creado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, artículo 3.

⁴ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, 2002, artículo 2.

⁵ *Ley de creación de las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya para el enjuiciamiento de los delitos cometidos durante el período de Kampuchea Democrática con inclusión de las enmiendas promulgadas el 27 de octubre de 2004, NS/RKM/1004/006, artículo 5.*

⁶ Estatuto de Roma, entrada en vigor el 1 de julio de 2002, artículo 7.

⁷ Preámbulo del Estatuto de Roma, entrada en vigor el 1 de julio de 2002.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

abiertas de las cuales al menos 6 son únicamente de crímenes de lesa humanidad⁸, por lo cual será un tribunal referente en la interpretación de los elementos de este crimen de forma autónoma.

Dado que la humanidad se enfrenta en mayor medida a violencia que proviene no necesariamente de conflictos entre Estados si no de ataques por parte de gobiernos autoritarios contra su población, la determinación de responsabilidades de los líderes políticos y autoridades estatales que incurran en la perpetración de estos delitos será esencial para cumplir con los objetivos del sistema del Estatuto de Roma.

El presente artículo analiza cuáles son los retos en la judicialización de líderes políticos en casos de crímenes de lesa humanidad cometidos no asociados a conflictos armados. Se toman como ejemplo dos de las primeras situaciones abiertas por la Fiscalía de la CPI, Kenia y Costa de Marfil para analizar las dificultades encontradas por la Oficina de la Fiscalía en la investigación contra líderes políticos y autoridades estatales. El artículo concluye resaltando la necesidad de comprender la naturaleza política y la autonomía de estos crímenes para evitar que estos obstáculos vuelvan a repetirse en situaciones actualmente bajo investigación de la CPI.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El 28 de mayo de 1915, los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia denunciaron los abusos sistemáticos cometidos por Turquía contra los armenios y afirmaron que los miembros del gobierno

⁸ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr; CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Corrección de errores de la Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil. 15 de noviembre 2011. ICC-02/11-14-Corr; CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública de la decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi de 25 de octubre de 2017. 9 de noviembre de 2017; CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. 14 de noviembre de 2019. ICC-01/19-27; CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República de Filipinas. Decisión sobre la solicitud de autorización de una investigación presentada por el Fiscal con arreglo al artículo 15, apartado 3, del Estatuto. 15 de septiembre de 2021. ICC-01/21-12 y CPI. Nota de Prensa “El Sr. Karim A.A. Khan QC, Fiscal de la CPI, abre una investigación de la situación en Venezuela y concierta un Memorandum de Entendimiento con el Gobierno”. 5 Noviembre 2021, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-mr-karim-aa-khan-qc-opens-investigation-situation-venezuela-and-concludes>.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

turco serían considerados como responsables, en esta declaración se utilizó por primera vez el término crímenes contra la humanidad⁹. Posteriormente, fue incluido en el Estatuto de los Tribunales de Núremberg en 1945, creados para juzgar a los responsables del gobierno Nazi¹⁰. Aunque esta fue la primera codificación, este crimen ya existía en el derecho internacional consuetudinario¹¹.

La utilidad de este concepto estaba en que permitía determinar responsabilidades individuales por los abusos masivos a los derechos humanos que habían sido cometidos por autoridades estatales contra sus propios civiles dentro del territorio y no exclusivamente en el territorio de países bajo ocupación o que habían sido invadidos¹². La necesidad de tipificar este tipo de conductas como crímenes internacionales sigue vigente en la actualidad debido a que las violaciones generalizadas o sistemáticas de los derechos humanos siguen siendo un pilar de los regímenes autoritarios, y que los ataques contra civiles por parte del gobierno siguen siendo un arma de guerra frecuente¹³.

Desde su primera aplicación en los juicios de Núremberg, este tipo penal ha sido ampliamente aplicado por tribunales internacionales, en los cuales, si bien no han sido los predominantes, si han representado una proporción significativa de los cargos¹⁴. La judicialización de este tipo de delitos ha permitido comprender patrones particulares de victimización, como la limpieza étnica o la esclavitud sexual, siendo a veces más exitosos que los cargos de crímenes de guerra y casi siempre más exitosos que los casos de genocidio¹⁵.

3. LA GRAVEDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD COMETIDOS POR LÍDERES POLÍTICOS Y AUTORIDADES ESTATALES

⁹ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. por Leila Nadya Sadat, (Cambridge University Press, 2011), 279.

¹⁰ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 337.

¹¹ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 279 y Leila Nadya Sadat, *Crimes against Humanity in the Modern Age*, *American Journal of International Law* 107 no. 2 (2013): 337, DOI:10.5305/amerjintlaw.107.2.0334.

¹² Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', *American Journal of International Law* 107 no. 2 (2013): 337, doi:10.5305/amerjintlaw.107.2.0334.

¹³ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 338.

¹⁴ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 341.

¹⁵ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 341.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

El 1 de noviembre de 1945, el fiscal americano Robert H. Jackson se dirigía a los jueces en la apertura de los procesos de Núremberg, afirmando que *“los abusos que tratamos de condenar y castigar han sido tan calculados, tan malignos y tan devastadores, que la civilización no puede tolerar que sean ignorados, porque no puede sobrevivir a que se repitan”*¹⁶. Casi 60 años después de que se pronunciaran, esas palabras siguen describiendo el tipo de abusos que gobiernos totalitarios y no democráticos ejercen sobre su población.

Existe una amplia discusión sobre qué constituye un crimen de lesa humanidad, a diferencia de los delitos comunes y cuál es la característica de los mismos que hace que su perpetración genere una fuerte reacción por parte de la comunidad internacional, no sólo justificando su codificación sino también activando mecanismos internacionales para determinar responsabilidades individuales y asegurarse que no queden impunes¹⁷.

Se ha resaltado en la doctrina y la jurisprudencia que los crímenes de lesa humanidad tienen una dimensión colectiva y son una violación a un interés que la comunidad internacional en su conjunto busca proteger¹⁸. Tal y como ha sido afirmado por el TPIY, las normas que prohíben los crímenes de lesa humanidad abordan la conducta del perpetrador no sólo hacia la víctima inmediata, sino también hacia toda la humanidad y debido a su atrocidad y magnitud, constituyen un ataque a la dignidad humana afectando a cada uno de los miembros de la humanidad, cualquiera que sea su nacionalidad, grupo étnico o ubicación¹⁹. Adicionalmente los crímenes de lesa humanidad son particularmente reprochables debido a que no son aislados sino que cada delito individual se enmarca en patrones más

¹⁶ Tribunal Militar Internacional para Núremberg, Segundo día, miércoles, 21 de noviembre de 1945, parte 04 en Juicio de los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional. Volumen II. Asunto: 11/14/1945-11/30/1945. [Texto Oficial en Inglés] 98-102, <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>.

¹⁷ Charles Chernor Jalloh, ‘What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity?’, *American University International Law Review* 28 no. 2 (2013): 384.

¹⁸ Miriam Gur-Arye y Alon Harel, ‘Taking Internationalism Seriously Why International Criminal Law Matters’, en *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 223.

¹⁹ TPIY. Sala de Apelaciones. El Fiscal c. Erdemović. Sentencia del 7 de octubre de 1997, IT-96-22-A, Opinión Separada Conjunta de Jueza McDonald y Juez Vohrah, 21, <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

amplios que son realizados en el marco de una política que implica generalización o sistematicidad de los abusos cometidos²⁰.

Sin embargo, el presente artículo enfatiza que, además de su dimensión colectiva y su sistematicidad o generalización, los crímenes de lesa humanidad cometidos por autoridades estatales y líderes políticos tienen una especial gravedad, muestran la naturaleza política de los mismos y exigen una respuesta de la comunidad internacional ante la inacción del Estado.

El involucramiento de autoridades estatales en la comisión de crímenes de lesa humanidad ha sido ampliamente discutido por diversos autores²¹. Como afirma Kai Ambos, la historia enseña que el Estado siempre tuvo un papel importante en la organización y comisión de los crímenes contra la humanidad²². Esto puede verse reflejado no sólo en su participación directa sino también en la falta de voluntad o la incapacidad de los sistemas nacionales de justicia penal para procesarlos, lo cual hace imperativo una respuesta por parte de la comunidad internacional²³. El involucramiento del Estado en muchas oportunidades asegura la impunidad ante la comisión de estos delitos, tanto en casos en los que el ataque se realizó en cumplimiento de una política estatal como en aquellos en los que fue realizado por particulares con el apoyo, la tolerancia, el patrocinio o la aquiescencia de un Estado²⁴.

Luban afirma que los crímenes de lesa humanidad son producto de la política que “*salió terriblemente mal*”²⁵, ya que los crímenes son cometidos por grupos políticos organizados contra otros grupos, típicamente dentro de la misma sociedad y son la materialización de situaciones en las que la rivalidad y

²⁰ Massimo Renzo, ‘Crimes Against Humanity and the Limits of International Criminal Law, Law and Philosophy’ 31:443–476 (2012), DOI: <https://doi.org/10.1007/s10982-012-9127-4>, 445. Ver también Adil Ahmad Haque, ‘Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law’. Buffalo Criminal Law Review 9 (2005): 273–328, 303, DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.744025>.

²¹ Richard Vernon, ‘What is Crime against Humanity’, The Journal of Political Philosophy Volume 10, number 3 (2002) 231, 233, DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9760.00151> ; Kai Ambos, ‘Crimes Against Humanity and the International Criminal Court’, 280; Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security (Leiden; Boston: Brill/Nijhoff, 2018), 577 y David Luban, ‘A Theory of Crimes Against Humanity’, The Yale Journal of International Law 29 (2004), 108.

²² Kai Ambos, ‘Crimes Against Humanity and the International Criminal Court’, 280.

²³ Kai Ambos, ‘Crimes Against Humanity and the International Criminal Court’, 283.

²⁴ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security (Leiden; Boston: Brill/Nijhoff, 2018), 633.

²⁵ David Luban, ‘A Theory of Crimes Against Humanity’, The Yale Journal of International Law 29 (2004), 108.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

el antagonismo entre grupos "*se convierten en supernova y explotan en violencia y persecución extraordinaria*"²⁶. Debido a que estos crímenes son cometidos por Estados u organizaciones similares a las estatales, estos pueden ser entendidos como violaciones de la naturaleza humana como animales políticos y como tal, como "*crímenes de política que se han vuelto cancerosa*"²⁷ en la cual los gobiernos, que se supone deben proteger a las personas que viven en su territorio son los que utilizan ese poder que les he dado para asesinar y perseguir²⁸.

Esta naturaleza desarrollada por Luban puede verse claramente en las situaciones de violencia política que degeneran en la comisión de crímenes de lesa humanidad con el objetivo de tomar o mantener el poder de autoridades y líderes políticos. Una característica importante de los crímenes que se comenten en este contexto es que se realizan contra connacionales u otros en el territorio bajo el control de los perpetradores²⁹ por lo pueden entenderse como un crimen de Estado en el sentido de la "*inversión sistemática*" de las facultades que justifican la existencia del Estado³⁰. Esto hace este tipo de crímenes especialmente graves y muestra su naturaleza política ya que como afirma Milanović, en ellos el poder del Estado se emplea para atacar a aquellos que debería proteger³¹.

Es precisamente la naturaleza política y gravedad desarrollada en los elementos anteriores lo que impide que se le permita al Estado alegar su soberanía para proteger una dinámica política que se ha vuelto terrible para sus propios ciudadanos³². Criminalizar los actos de un gobierno hacia grupos en su propia jurisdicción y permitir que un tribunal internacional intervenga para determinar responsabilidades individuales reconoce que los crímenes de lesa humanidad son el resultado de una perversión de la política³³.

Los actos de violencia política pueden perpetuarse también por grupos no estatales pero que tienen suficiente poder de facto o vínculos suficientes con tal poder por lo que el Estado no puede garantizar

²⁶ David Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity', 108.

²⁷ David Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity', 117.

²⁸ David Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity', 117.

²⁹ David Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity', 117.

³⁰ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 293 y 284.

³¹ Marko Milanović, 'Courting Failure: When Are International Criminal Courts Likely to be Believed by Local Audiences?' en *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 288.

³² David Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity', 109.

³³ David Luban, 'A Theory of Crimes Against Humanity', 117.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

que los hechos no quedarán en la impunidad³⁴. La impunidad para este tipo de crímenes no puede ser tolerada por la comunidad internacional que es llamada a activar sus mecanismos³⁵.

Tal y como afirman Robert Dubler SC, Matthew Kalyk “*es en este punto que cualquier argumento a favor de la soberanía del Estado no puede ser defendido*”³⁶ y la comunidad internacional no puede permanecer en silencio³⁷. Esto es coherente con el sistema de complementariedad establecido en el Estatuto de Roma según el cual la Corte es una institución permanente que está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales³⁸. En este sentido, la Corte sólo puede conocer un asunto cuando el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo³⁹.

4. ¿ESTAMOS EN MOMENTOS DE PAZ? LA PERPETRACIÓN DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN AUSENCIA DE CONFLICTO ARMADO

Difícilmente los contextos en donde ocurren violaciones sistemáticas a derechos humanos y en los cuales autoridades estatales implementan un ataque contra su población pueden considerarse como tiempos de verdadera paz. Sin embargo, es necesario diferenciar estas situaciones de aquellas en las cuales existe un conflicto armado y en las cuales se debe aplicar las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH). Como fue mencionado anteriormente, la codificación de crímenes de lesa humanidad se originó históricamente asociada a la existencia de conflictos armados⁴⁰. Como reflejo de este origen histórico, el

³⁴ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security, 633.

³⁵ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security, 633.

³⁶ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security, 633 y 634.

³⁷ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security, 633.

³⁸ Estatuto de Roma, Artículo 1.

³⁹ Estatuto de Roma, Artículo 17.

⁴⁰ Gur-Arye, Miriam y Alon Harel, ‘Taking Internationalism Seriously Why International Criminal Law Matters’, en The Oxford Handbook of International Criminal Law ed. por Kevin Jon Heller et al. (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 223.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Estatuto del TPIY incluyó este nexo en su tipificación afirmando que el Tribunal estará facultado para enjuiciar a los responsables de los crímenes de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos y otros actos inhumanos *cuando fuesen cometidos en conflictos armados, ya sean de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil*⁴¹.

A medida que la jurisprudencia y la doctrina se desarrollaron, el elemento este nexo fue dejado atrás y actualmente, la opinión ampliamente mayoritaria es que la norma de derecho consuetudinario no exige un nexo de los crímenes contra la humanidad con un conflicto armado⁴². La propia Sala de Apelaciones del TPIY afirmó que *“es una norma establecida del derecho internacional consuetudinario que los crímenes de lesa humanidad no requieren una conexión con los conflictos armados internacionales”*⁴³ y que *“el derecho internacional consuetudinario puede no exigir una conexión entre los crímenes de lesa humanidad y cualquier conflicto en absoluto”*⁴⁴. En este sentido la Sala de Juicio del TPIY afirmó que el artículo 5 del Estatuto fue redactado con la intención de reintroducir ese nexo sólo para los efectos del tribunal⁴⁵. El TPIR también ha reafirmado que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir asociados o no a un conflicto armado⁴⁶.

Si existía alguna duda antes de 1998 sobre la posibilidad de que abusos cometidos en tiempos de paz constituirían crímenes de lesa humanidad, esta quedó resuelta con la adopción del Estatuto de Roma en el que los negociadores decidieron no incluir el elemento de nexo y definieron estos crímenes como aquellos cometidos como parte de un *ataque generalizado o sistemático contra una población civil* y con conocimiento de dicho ataque⁴⁷. Con esto, la exigencia del nexo fue sustituida por el requerimiento de

⁴¹ Estatuto del TPIY, artículo 5.

⁴² Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 283 y Comisión de Derecho Internacional. Cuarto informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial, 18 de febrero de 2019, A/CN.4/725, párr. 48, https://digitallibrary.un.org/record/3800178/files/A_CN.4_725-ES.pdf?ln=en.

⁴³ TPIY. Sala de Apelaciones. Fiscal c. Dusko Tadic. Decisión sobre la petición de la defensa de apelación interlocutoria sobre la jurisdicción. 2 de octubre de 1995, párr. 141.

⁴⁴ TPIY. Sala de Apelaciones. Fiscal c. Dusko Tadic. Decisión sobre la petición de la defensa de apelación interlocutoria sobre la jurisdicción. 2 de octubre de 1995, párr. 141.

⁴⁵ TPIY. Sala de Juicio. Fiscal c. Dusko Tadic. Sentencia del 7 de mayo de 1997, párr. 627.

⁴⁶ TPIR. El Fiscal c. Kayishema, Caso No. ICTR-95-1-T, Sentencia del 21 de Mayo de 1999, párr. 127.

⁴⁷ Leila Nadya Sadat, 'Putting Peacetime First: crimes against humanity and the civilian population requirement', Emory International Law Review 31 (2017): 200, <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol31/iss2/1>.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

que el ataque fuese generalizado o sistemático como forma de distinguir los crímenes contra humanidad de los crímenes comunes⁴⁸. Esto resultaba coherente con el creciente consenso de ese momento en el cual los Estados comenzaban a entender como amenazas a la paz y la seguridad no sólo los conflictos armados sino también las atrocidades puramente internas⁴⁹.

5. LA CPI DEBE INTERPRETAR LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD DE FORMA AUTÓNOMA EN CONCORDANCIA CON TIEMPOS DE PAZ

Los elementos de los crímenes de lesa humanidad establecido en el artículo 7 del Estatuto de Roma han sido criticados porque no se encuentran detallados con suficiente precisión y pueden resultar vagos y subjetivos⁵⁰. Para Bassiouni, aunque el texto del artículo es sustancialmente claro algunos de los actos prohibidos son meras etiquetas y sus elementos deberán establecerse⁵¹. Como ejemplo, el autor afirma que el elemento *político* no es totalmente claro⁵², y deja la puerta abierta para un futuro desarrollo jurisprudencial⁵³.

Para algunos autores, parte del problema de la falta de definición coherente y de una interpretación uniforme de estos elementos es que, a diferencia del crimen de genocidio, que tiene una definición ampliamente aceptada en la Convención sobre el Genocidio de 1948, o los crímenes de guerra, que están codificados en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, no existe un tratado único que aborde los crímenes de lesa humanidad⁵⁴. En este sentido, un grupo importante de expertos han trabajado por la creación de una Convención de Crímenes de Lesa Humanidad⁵⁵.

⁴⁸ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. *Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, 577.

⁴⁹ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. *Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, 577.

⁵⁰ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. *Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, 575.

⁵¹ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2014) 617.

⁵² M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 617.

⁵³ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 617.

⁵⁴ Charles Chernor Jalloh, 'What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity?', 382.

⁵⁵ Charles Chernor Jalloh, 'What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity?', 382; Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 296; Cherif Bassiouni, 'Revisiting the

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

A pesar de estas dudas con respecto a su interpretación, algo que sí ha quedado plenamente establecido es que el Estatuto abandona el nexo con conflicto armado y acepta que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir en tiempos de paz siempre que sean generalizados o sistemáticos y se realicen en virtud de una política⁵⁶. Dicho divorcio con el conflicto debe permear la interpretación de todos los elementos.

El TPIY y el TPIR han examinado brevemente la cuestión de la comisión de crímenes de lesa humanidad en ausencia de un conflicto armado⁵⁷. En el caso contra Kayishema por ejemplo, el TPIR tuvo que analizar el término *población civil* en el ataque ocurrido en la prefectura de Kibuye, en la cual no existía un conflicto armado⁵⁸. Sin embargo, casi la totalidad de los casos que conocieron estos tribunales estaban asociados a tiempos de conflicto por lo cual, tal y como es analizado en la próxima sección, la CPI será la instancia que tendrá mayor oportunidad para pronunciarse en situaciones que involucren a perpetradores que victimizan a sus conciudadanos dentro del territorio de sus respectivos Estados⁵⁹ y a realizar un desarrollo jurisprudencial sustancial sobre cómo estos delitos se cometen en tiempos de paz.

El que la perpetración de crímenes contra la humanidad pueda ocurrir también en tiempos de paz trae importantes consecuencias jurídicas y normativas e implica que el marco legal que rodea este crimen necesita un divorcio, o al menos una separación legal, del derecho internacional humanitario⁶⁰. Elementos como *política de un Estado u organización, población civil* o la existencia de un *ataque* requieren una interpretación ajustada a tiempos de paz. Por ejemplo, en el caso del Fiscal contra Šainović, el TPIY observó que el concepto de ataque con fines de crímenes de lesa humanidad no era el mismo que el de crímenes de guerra⁶¹ y que el ataque en el contexto de un crimen de lesa humanidad

Architecture of Crimes Against Humanity Almost a Century in Forging a Convention for Crimes Against Humanity', en Forging a Convention for Crimes Against Humanity, ed. por Leila Nadya Sadat, (Cambridge University Press, 2011), 58 y Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 334.

⁵⁶ Alexander K.A. Greenawalt, 'What is An International Crime?', en The Oxford Handbook of International Criminal Law ed. por Kevin Jon Heller et al. (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 297.

⁵⁷ Leila Nadya Sadat, 'Putting Peacetime First: crimes against humanity and the civilian population requirement', 229.

⁵⁸ TPIR. El Fiscal c. Kayishema, Caso No. ICTR-95-1-T, Sentencia del 21 de Mayo de 1999, párr. 127.

⁵⁹ Leila Nadya Sadat, «Crimes against Humanity in the Modern Age», 334.

⁶⁰ Leila Nadya Sadat, 'Putting Peacetime First: crimes against humanity and the civilian population requirement', 200.

⁶¹ Leila Nadya Sadat, 'Putting Peacetime First: crimes against humanity and the civilian population requirement', 229.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

puede definirse como un curso de conducta que implica la comisión de actos de violencia que no se limita al uso de la fuerza armada y abarca cualquier maltrato a la población civil⁶².

Otro ejemplo es el requisito de que el ataque sea dirigido contra una población civil. Para algunos autores el artículo 7 del Estatuto de Roma no aborda la forma de resolver las dificultades interpretativas que se derivan de este requisito en tiempos de paz⁶³. Para Ambos, una definición de *civil* de acuerdo con el DIH encuentra dificultades insuperables si se aplica a tiempos de paz, ya que el término puede definirse formalmente con respecto a un conflicto armado en un sentido negativo como refiriéndose a aquellas personas que no son miembros de las organizaciones o grupos militares definidos en el Tercer Convenio de Ginebra, mientras que en tiempo de paz no es posible recurrir a esta definición porque el DIH no es aplicable en tiempo de paz⁶⁴. Para el autor, el hecho de que los redactores del Estatuto de Roma mantuvieran este requisito demuestra que todavía no reconocen los crímenes de lesa humanidad como un concepto de crímenes por derecho propio, sino más bien como una extensión de los crímenes de guerra solo en tiempos de paz⁶⁵.

A medida que la CPI conozca más casos de crímenes contra la humanidad en tiempos de paz, estas dificultades interpretativas y probatorias deberán subsanarse para que estos puedan construirse de forma autónoma. Esta autonomía es necesaria en la lucha contra la impunidad por atrocidades cometidas por gobierno totalitarios y para ello deben ser interpretados de forma autónoma.

6. INVESTIGACIONES ACTUALES DE LA CPI POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN TIEMPOS DE PAZ

Como se afirmó anteriormente, la CPI será un actor principal en el desarrollo y entendimiento de situaciones en las cuales crímenes de lesa humanidad sean cometidos en tiempos de paz. Aunado a esto, debido a que es una corte permanente con la capacidad de intervenir en situaciones en curso, los enjuiciamientos de crímenes de lesa humanidad pueden asumir un papel preventivo que nunca podrían

⁶² Leila Nadya Sadat, 'Putting Peacetime First: crimes against humanity and the civilian population requirement', 229. Ver también TPIY. Sala de Juicio Fiscal c. Šainovic, Caso No. IT-05-87-T, Sentencia del 26 de febrero de 2009, párr. 144.

⁶³ Leila Nadya Sadat, 'Putting Peacetime First: crimes against humanity and the civilian population requirement', 205.

⁶⁴ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 287.

⁶⁵ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 287.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

haber asumido los tribunales *ad hoc*⁶⁶. Los cargos de crímenes de lesa humanidad serán de gran importancia en su trabajo y serán a menudo el único delito imputable en un caso particular⁶⁷ y el éxito de los enjuiciamientos será fundamental para cumplir su mandato de castigar a los autores de crímenes atroces⁶⁸.

En los tribunales *ad-hoc*, dado que la mayoría de los hechos ocurrieron en el marco de un conflicto armado, solamente un 1.2 en el TPIY y 2.2 en el TPIR de los casos fueron de imputaciones únicamente de crímenes de lesa humanidad⁶⁹. En la propia Corte aunque se han investigado e imputado crímenes de lesa humanidad, en la mayoría de las situaciones abiertas en los primeros años los crímenes de lesa humanidad se investigaron junto con crímenes de guerras en situaciones en las que existía un conflicto armado. Sin embargo, para el 2022, de las 17 situaciones que la Corte ha abierto 6 situaciones están basada únicamente en crímenes de lesa humanidad, Kenia⁷⁰, Costa de Marfil⁷¹, Burundi⁷², Bangladesh/Myanmar⁷³, Filipinas⁷⁴ y Venezuela I⁷⁵.

⁶⁶ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 334.

⁶⁷ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 337.

⁶⁸ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 337.

⁶⁹ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 356.

⁷⁰ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr.

⁷¹ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Corrección de errores de la Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil. 15 de noviembre 2011. ICC-02/11-14-Corr.

⁷² CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública de la decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi de 25 de octubre de 2017. 9 de noviembre de 2017.

⁷³ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. 14 de noviembre de 2019. ICC-01/19-27.

⁷⁴ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República de Filipinas. Decisión sobre la solicitud de autorización de una investigación presentada por el Fiscal con arreglo al artículo 15, apartado 3, del Estatuto. 15 de septiembre de 2021. ICC-01/21-12.

⁷⁵ CPI. Nota de Prensa "El Sr. Karim A.A. Khan QC, Fiscal de la CPI, abre una investigación de la situación en Venezuela y concierta un Memorandum de Entendimiento con el Gobierno". 5 noviembre 2021. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-mr-karim-aa-khan-qc-opens-investigation-situation-venezuela-and-concludes>.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Dos aclaratorias son pertinentes en este sentido. La primera es que en la situación de Libia, si bien la Fiscalía se ha basado mayoritariamente en crímenes de lesa humanidad, también ha imputado crímenes de guerra en dos de los casos⁷⁶. Ambos casos fueron posteriormente cerrados debido a la notificación sobre la muerte de los presuntos responsables⁷⁷. La segunda es con respecto a la situación en Burundi. Al solicitar la autorización para iniciar la investigación, la oficina de la Fiscalía afirmó que a pesar de las pruebas de enfrentamiento armado entre las fuerzas de seguridad de Burundi y las entidades armadas antigubernamentales, no había base razonable para creer que el grado de intensidad del enfrentamiento armado o el nivel de organización de esas entidades armadas sea suficiente para caracterizar la situación como un conflicto armado no internacional⁷⁸. Ante esto la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que esto correspondía a una visión restrictiva que imponía requisitos que no pueden cumplirse razonablemente en ausencia de una investigación y la Fiscalía tendrá que analizar durante su investigación si existió un conflicto armado no internacional en Burundi durante el período pertinente y si se cometieron crímenes de guerra⁷⁹. En este sentido, la investigación sobre la situación en Burundi podría terminar incluyendo crímenes de guerra⁸⁰.

Un elemento que queda suficientemente claro de las nuevas situaciones iniciadas por crímenes de lesa humanidad es la naturaleza política de dichos crímenes y la participación de autoridades estatales que ha sido resaltada en párrafos anteriores. Las situaciones recientes se centran en posibles crímenes cometidos

⁷⁶ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en Libia. El Fiscal c. Al-Tuhamy Mohamed Khaled. Resolución por la que se da por concluido el procedimiento contra el Sr. Al-Tuhamy Mohamed Khaled. 7 de septiembre de 2022. ICC-01/11-01/13-38 y CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en Libia. El Fiscal c. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. Resolución por la que se da por concluido el procedimiento contra el Sr. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. 15 June 2022. ICC-01/11-01/17.

⁷⁷ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en Libia. El Fiscal c. Al-Tuhamy Mohamen Khaled. Resolución por la que se da por concluido el procedimiento contra el Sr. Al-Tuhamy Mohamed Khaled. 7 de septiembre de 2022. ICC-01/11-01/13-38 y CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en Libia. El Fiscal c. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. Resolución por la que se da por concluido el procedimiento contra el Sr. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. 15 June 2022. ICC-01/11-01/17.

⁷⁸ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública de la decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi de 25 de octubre de 2017. 9 de noviembre de 2017, párr. 137.

⁷⁹ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública de la decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi de 25 de octubre de 2017. 9 de noviembre de 2017, párr. 141.

⁸⁰ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública de la decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi de 25 de octubre de 2017. 9 de noviembre de 2017, párr. 193.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

por autoridades nacionales incluyendo altos funcionarios públicos. En la situación de Burundi la investigación se centra en el ataque cometido por agentes estatales junto con miembros de la *Imbonerakure* contra la población civil, específicamente dirigido contra quienes se oponían o eran percibidos como oponentes al partido de gobierno después del anuncio en abril de 2017 de que el presidente Pierre Nkurunziza se lanzaría para un tercer periodo presidencial⁸¹.

En la situación de Myanmar, los presuntos crímenes contra los Rohingya se habrían cometido para llevar a cabo una política estatal por las fuerzas de defensa de Myanmar, que incluyen el ejército, la marina y la fuerza aérea, entre otras autoridades estatales y la política incluiría declaraciones públicas de altos funcionarios y la falta de enjuiciamiento de los responsables o de prevención o disuasión de nuevos delitos⁸². Por su parte, en la situación de Filipinas la Fiscalía ha afirmado que la política de ataque incluye las actuaciones del mismo presidente Rodrigo Duterte quien entre otras cosas habría alentado el asesinato de presuntos traficantes y consumidores de drogas, o incluso más ampliamente de criminales⁸³.

Por último, los posibles crímenes de lesa humanidad ocurridos en Venezuela también tienen una naturaleza netamente política y habrían sido cometidos por autoridades civiles, miembros de las fuerzas armadas e individuos a favor del Gobierno. Entre los miembros de las fuerzas de seguridad señalados por la Fiscalía de la CPI como presuntamente responsables se encuentran la Policía Nacional Bolivariana, el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional, la Dirección General de Contrainteligencia Militar, la Fuerza de Acciones Especiales, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, la Guardia Nacional Bolivariana, el Comando Nacional Antiextorsión y Secuestro y ciertas otras unidades de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana⁸⁴.

⁸¹ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública de la decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi de 25 de octubre de 2017. 9 de noviembre de 2017.

⁸² CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. 14 de noviembre de 2019. ICC-01/19-27, párr. 90.

⁸³ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República de Filipinas. Decisión sobre la solicitud de autorización de una investigación presentada por el Fiscal con arreglo al artículo 15, apartado 3, del Estatuto. 15 de septiembre de 2021. ICC-01/21-12, párr. 93 y 94.

⁸⁴ CPI. Oficina de la Fiscalía. Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020. 14 de diciembre de 2020, paras 204 y 205.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Las primeras situaciones que fueron analizadas por la Corte sobre crímenes de lesa humanidad en tiempos de paz han mostrado serias dificultades en la determinación de responsabilidades de líderes políticos⁸⁵. Estos retos, que pueden observarse en las investigaciones de Kenia y Costa de Marfil deberán ser superados de cara a las próximas etapas de las situaciones actualmente en proceso de investigación.

7. ¿CÓMO SE PRUEBA UNA POLÍTICA? DEFICIENCIAS PROBATORIAS EN LA SITUACIÓN DE COSTA DE MARFIL

a. La existencia de una política como elemento de los crímenes de lesa humanidad

Como fue mencionado en secciones anteriores, el Estatuto de Roma establece que se entenderá por crimen de lesa humanidad los actos establecidos en el artículo 7 cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Entre otros, el Estatuto incluye los crímenes de asesinato, exterminio, esclavitud, violencia sexual y persecución, así como una cláusula residual para cualquier otro acto inhumano de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El artículo 7 a su vez aclara que la frase *ataque contra una población civil* debe entenderse como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra una población civil, *de conformidad con la política de un Estado o de una organización*⁸⁶. Debe existir un vínculo entre el ataque y la política⁸⁷. Esto tiene como objetivo garantizar que los múltiples actos que forman el curso de la conducta están vinculados y que los actos que no están relacionados o que son perpetrados por individuos que actúan al azar por su cuenta sean excluidos⁸⁸.

En el contexto de crímenes de lesa humanidad, lo primero que debe entenderse es que tipo de política es necesaria. En los casos contra Ongwen y Ntaganda se afirmó que una política puede consistir en un diseño o plan preestablecido, pero también puede cristalizar y desarrollarse sólo a medida que los

⁸⁵ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 363.

⁸⁶ CPI. Sala de Juicio. Situación de Uganda. Caso del Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia del 4 de febrero de 2021. ICC-02/04-01/15-1762-Red 04-02-2021, párr. 2676.

⁸⁷ CPI. Sala de Juicio VI. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Bosco Ntaganda. Sentencia del 8 de julio de 2019. ICC-01/04-02/06-2359, párr. 673.

⁸⁸ CPI. Sala de Juicio. Situación de Uganda. Caso del Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia del 4 de febrero de 2021. ICC-02/04-01/15-1762-Red 04-02-2021, párr. 2678.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

perpetradores emprenden acciones⁸⁹. En el caso contra Katanga, se afirmó de forma similar que la política no tiene que estar definida explícitamente⁹⁰ y que un ataque planificado, dirigido y organizado, en contraposición a actos de violencia espontáneos o aislados, satisfará este criterio⁹¹.

Asimismo, las Salas de juicio establecieron ciertos elementos cuya evaluación ayudarían a determinar la existencia de una política, entre estos: i) el hecho de que el ataque fue planeado o dirigido; ii) la existencia de un patrón recurrente de violencia, por ejemplo, acciones repetidas que ocurren de acuerdo con una misma secuencia; iii) el uso de recursos públicos o privados para promover la política; iv) la participación del Estado o de las fuerzas organizativas en la comisión de delitos; v) las declaraciones, instrucciones o documentación atribuibles al Estado o a la organización que condona o fomenta la comisión de delitos; vi) una motivación subyacente y vii) la existencia de preparativos o movilizaciones colectivas orquestados y coordinados por ese Estado u organización⁹².

Lo segundo importante a considerar es cuál debe ser el rol de las autoridades estatales u organizativas en la creación o implementación de la política y en especial si los mismos deben tener un rol activo o si la inacción o tolerancia implicaría responsabilidad por la política. La Sala ha establecido que se requiere que el Estado o la organización participe activamente promover o alentar el ataque⁹³ y que la política puede ser adoptada por grupos de personas que gobiernan un territorio determinado o por cualquier

⁸⁹ CPI. Sala de Juicio VI. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Bosco Ntaganda. Sentencia del 8 de julio de 2019. ICC-01/04-02/06-2359, párr. 674 y CPI. Sala de Juicio. Situación de Uganda. Caso del Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia del 4 de febrero de 2021. ICC-02/04-01/15-1762-Red 04-02-2021, párr. 2679.

⁹⁰ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Sentencia del 30 de septiembre de 2008. ICC-01/04-01/07-717, párr. 396.

⁹¹ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Sentencia del 30 de septiembre de 2008. ICC-01/04-01/07-717, párr. 396.

⁹² CPI. Sala de Juicio VI. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Bosco Ntaganda. Sentencia del 8 de julio de 2019. ICC-01/04-02/06-2359, párr. 674 y CPI. Sala de Juicio. Situación de Uganda. Caso del Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia del 4 de febrero de 2021. ICC-02/04-01/15-1762-Red 04-02-2021, párr. 2679.

⁹³ CPI. Sala de Juicio. Situación de Uganda. Caso del Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia del 4 de febrero de 2021. ICC-02/04-01/15-1762-Red 04-02-2021, párr. 2676; CPI. Sala de Juicio VI. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Bosco Ntaganda. Sentencia del 8 de julio de 2019. ICC-01/04-02/06-2359, párr. 673.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁹⁴.

La Sala de Juicio ha afirmado que, en circunstancias excepcionales, tal política puede aplicarse por una falta deliberada de acción, que está conscientemente dirigida a alentar tales ataques, aunque la existencia de tal política no puede inferirse únicamente de la ausencia de acción gubernamental u organizativa⁹⁵. La discusión sobre la impunidad tiene aquí especial relevancia, debido a que la política no tiene por qué ser explícita puede entenderse que ésta podría consistir en mero patrocinio, tolerancia, aquiescencia o incluso indiferencia manifiesta por parte de un estado que ocasiona una estructura de total impunidad ante la comisión de crímenes de lesa humanidad⁹⁶.

Es claro que la necesidad de una política estatal u organizativa hace visible la naturaleza política de este tipo de crímenes analizada anteriormente y ayuda a delimitar los delitos comunes de los crímenes contra la humanidad⁹⁷. Comenta Kai Ambos que el que la comisión múltiple debe basarse en una política implica que el elemento político es indispensable y su ausencia no puede ser compensada, por ejemplo, por un número particularmente alto de actos o víctimas⁹⁸. En este sentido, se podría afirmar que la existencia de la política del ataque convierte múltiples actos en crímenes de lesa humanidad⁹⁹.

En la doctrina se ha discutido las dificultades que genera la falta de claridad sobre la definición de una política¹⁰⁰. Para Leila Nadya Sadat es importante que el análisis sobre la existencia de una política se realice interpretando ese elemento como un umbral minimalista que excluye la acción aleatoria¹⁰¹ ya que exigir elementos nuevos como la identidad de grupo o que los actos se encuentren totalmente

⁹⁴ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Sentencia del 30 de septiembre de 2008. ICC-01/04-01/07-717, párr. 396.

⁹⁵ CPI. Sala de Juicio VI. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Bosco Ntaganda. Sentencia del 8 de julio de 2019. ICC-01/04-02/06-2359, párr. 673.

⁹⁶ Robert Dubler SC y Matthew Kalyk. *Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, 636.

⁹⁷ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 286.

⁹⁸ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 285.

⁹⁹ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 285.

¹⁰⁰ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 286; Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 376 y Guénaél Mettraux, 'The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a Policy Element' en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. por Leila Nadya Sadat, (Cambridge University Press, 2011), 142.

¹⁰¹ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 376.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

organizados limitaría el alcance y la aplicabilidad de los crímenes de lesa humanidad y los convertiría en un delito extraordinariamente difícil de probar¹⁰².

Guénaël Mettraux ha advertido también que no existe en la práctica actual una determinación de lo que significa exactamente este requisito y que la ambigüedad en cuanto a su real significado podría tener consecuencias graves, principalmente probatorias, para las partes en un juicio penal, incluyendo al acusado y las autoridades de la fiscalía, así como para los jueces por igual¹⁰³. Para ambos el rol de las autoridades debe decidirse a favor de una interpretación amplia del concepto de política debido a la condición controvertida en el derecho internacional consuetudinario y el significado general de la política, la inacción, la tolerancia o la aquiescencia frente a la Crímenes de Lesa Humanidad deben considerarse suficientes¹⁰⁴.

La interpretación de que se entiende por política es un pilar fundamental para la calificación correcta de posibles crímenes de lesa humanidad en casos en los cuales el ataque sea perpetrado por autoridades nacionales y líderes políticos en tiempos de paz y la determinación sobre su existencia puede resultar de mayor dificultad en estos casos.

b. Las dificultades para sustentar la existencia de una política en los casos de Costa de Marfil

Las dificultades probatorias del elemento de política estatal u organizativa en casos de crímenes de lesa humanidad en tiempo de paz salieron a relucir en la situación de Costa de Marfil. En octubre de 2011, la Fiscalía de la CPI, inició por iniciativa propia una investigación sobre presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos durante la violencia postelectoral de 2010 y 2011, especialmente la violencia ocurrida después de que se disputarán los resultados de las elecciones presidenciales entre los opositores Laurent Gbagbo y Alassane Ouattara. Desde el inicio, la Fiscalía mostró su intención de investigar las acciones cometidas en ambos lados, tanto de las fuerzas pro-Gbagbo y pro-Ouattara¹⁰⁵. Sin embargo, en

¹⁰² Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 376.

¹⁰³ Guénaël Mettraux, 'The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a Policy Element', 142 y 143.

¹⁰⁴ Kai Ambos, 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court', 286.

¹⁰⁵ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Corrección de la "Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil". 15 de noviembre de 2011. ICC-02/11-14-Corr, párr. 26.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

los siguientes años, los primeros casos presentados fueron únicamente contra el entonces presidente de Costa de Marfil Laurent Gbagbo¹⁰⁶, el ministro del deporte y la juventud, Charles Blé Goudé¹⁰⁷ y Simone Gbagbo como integrante del círculo interno del Presidente¹⁰⁸.

Durante el proceso de confirmación de cargos, los jueces concluyeron que existían motivos fundados para creer que Laurent Gbagbo cometió los delitos imputados conjuntamente con los miembros de su círculo interno y a través de miembros de las fuerzas pro-Gbagbo¹⁰⁹. En dicha oportunidad, la Sala había determinado que Laurent Gbagbo, junto con su círculo interno, diseñó un plan común para retener el poder por todos los medios, incluso mediante el uso de la fuerza contra civiles¹¹⁰. A pesar de haber logrado confirmar los cargos contra dos de los acusados, la Fiscalía encontró serios obstáculos narrativos y probatorios en el juicio y no pudo probar la responsabilidad de los acusados *más allá de toda duda razonable*¹¹¹.

En la decisión que dio por terminado el caso, el Juez Geoffrey Henderson hizo referencia a las fallas evidenciadas en el trabajo de la Fiscalía afirmando que las pruebas, aunque abundantes, eran incapaces de respaldar varias acusaciones clave y que, aunado a esto, la narrativa de la Fiscalía adolece de una serie de incoherencias internas y retrata los hechos pertinentes de manera desequilibrada, incompleta y, en

¹⁰⁶ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en Costa de Marfil. El Fiscal c. Laurent Gbagbo. Orden de Arresto de Laurent Koudou Gbagbo. 23 de noviembre de 2011. ICC-02/11-26.

¹⁰⁷ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en Costa de Marfil. El Fiscal c. Blé Goudé. Orden de Arresto de Charles Blé Goudé. 21 de diciembre de 2011. ICC-02/11-02/11-1.

¹⁰⁸ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en Costa de Marfil. El Fiscal c. Simon Gbagbo. Orden de Arresto de Simone Gbagbo. 29 de febrero de 2012. ICC-02/11-01/12.

¹⁰⁹ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República de Costa de Marfil. Caso del Fiscal c. Laurent Gbagbo. Decisión de confirmación de cargos contra Laurent Gbagbo. 12 de junio de 2014. ICC-02/11-01/11-656-Red, párr. 230.

¹¹⁰ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República de Costa de Marfil. Caso del Fiscal c. Laurent Gbagbo. Decisión de confirmación de cargos contra Laurent Gbagbo. 12 de junio de 2014. ICC-02/11-01/11-656-Red, párr. 231.

¹¹¹ CPI. Equipo de defensa de Laurent Gbagbo. El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé. Versión corregida de la 'Petición de la defensa de Laurent Gbagbo para que se pronuncie la absolución de todos los cargos a favor de Laurent Gbagbo y para que se ordene su liberación inmediata'. 25 de septiembre de 2018, ICC-02/11-01/15-1199-Corr 26-09-2018 y CPI. Equipo de defensa de Charles Blé Goudé. El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé. Versión pública de "Corrección a la No Case to Answer Motion de la defensa de Blé Goudé del 23 de julio de 2018". 3 de agosto de 2018. ICC- 02/11-01/15-1198-Conf-Corr. 28 de septiembre de 2018, ICC-02/11-01/15-1198-Corr-Red.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

última instancia, poco persuasiva¹¹². La mayoría de las fallas hacían referencia a la imposibilidad de sustentar los alegatos con prueba, entre otros, la falta de autenticidad de la prueba presentada¹¹³, el que una cantidad extraordinaria de pruebas se basaba en testimonios indirectos¹¹⁴, problemas en la corroboración de la prueba¹¹⁵ y la debilidad de las pruebas circunstanciales¹¹⁶. El juez también alertó que la Fiscalía parecía haber presentado una versión bastante unilateral de la situación en Costa de Marfil, omitiendo o minimizando sistemáticamente elementos importantes de la situación política y militar lo cual habría dado lugar a una versión algo sesgada de los acontecimientos que no refleja completamente la realidad¹¹⁷.

Uno de los mayores inconvenientes en probar el caso fue precisamente las dudas que surgían sobre la existencia del plan común o política por parte del círculo interno y Gbagbo. La Sala observó que según la fiscalía el plan común comenzó en octubre de 2000, cuando el Sr. Gbagbo se convirtió en Presidente y buscaba mantenerse en el poder por todos los medios y que para el 27 de noviembre de 2010, la aplicación del supuesto Plan Común se había desarrollado para incluir una política estatal u organizativa¹¹⁸. El argumento de la Fiscalía era que los medios para lograr ese objetivo implicaban la comisión de delitos y que, tras la segunda vuelta de las elecciones presidenciales, las fuerzas pro-Gbagbo llevaron a cabo una campaña u operación de matar, violar y herir a civiles percibidos como partidarios de Ouattara, empleando una serie de medios comunes, algunos de los cuales evolucionaron durante la duración de esta campaña u operación¹¹⁹.

¹¹² CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 2038.

¹¹³ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 33.

¹¹⁴ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 42.

¹¹⁵ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 46.

¹¹⁶ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 51.

¹¹⁷ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 66.

¹¹⁸ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 92.

¹¹⁹ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 92.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Dado que el argumento del Fiscal era que Laurent Gbagbo y Blé Goudé compartían la intención de que Gbagbo permaneciera en el poder como Presidente de Costa de Marfil *por todos los medios*, los jueces consideraron que debían realizar un análisis de la expresión ‘por todos los medios’ y determinar si estos medios incluían o no la comisión de delitos contra la población civil¹²⁰. Sin embargo, en criterio de los jueces que constituyeron la mayoría, la Fiscal no presentó ninguna prueba directa de la existencia del supuesto plan o política común, sino en su mayoría pruebas circunstanciales¹²¹ y que no era posible que pudieran inferir de la prueba disponible que los acusados y otros miembros del llamado círculo interno tenían la intención de atacar a la población civil pro-Ouattara¹²².

El Juez Henderson aceptó que tanto Gbagbo como Blé Goudé debían haber sido conscientes de los riesgos de que se generara violencia y de que podían causar daños a civiles¹²³ y debían haber hecho más para tratar de minimizar esos riesgos, pero si bien para el juez esto pudo haber violado ciertas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no podía deducirse que los mismos tenían la intención de cometer los delitos de los que se le acusaba¹²⁴. Para concluir, la Sala determinó que el Fiscal no había aportado pruebas suficientes que demostraran que los acusados tenían la intención de mantener a Laurent Gbagbo en el poder por medio de la comisión de crímenes contra la población civil, y mucho menos de un ataque generalizado o sistemático contra civiles que se percibía que apoyaban a Alassane Ouattara¹²⁵. Esta decisión fue posteriormente confirmada en apelación¹²⁶.

Las dificultades de aportar la prueba necesaria para sustentar la existencia de una política surgen en parte de la complejidad de determinar el momento en el cual la búsqueda por parte de los líderes políticos de

¹²⁰ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 1897.

¹²¹ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 1899.

¹²² CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 1900.

¹²³ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, paras 1901 y 1903.

¹²⁴ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 1903.

¹²⁵ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 1905.

¹²⁶ CPI. Sala de Apelaciones. Situación en la República de Costa de Marfil. Caso del Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé. Decisión en la apelación de la Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la petición de No Case to Answer Motion. ICC-02/11-01/15-1400.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

tomar o mantener el poder se convierte en una política que implica la comisión de crímenes contra la humanidad. En el caso de Costa de Marfil, dos de los elementos que mostró la Fiscalía para probar la existencia de una política sirven para comprender estas dificultades.

El primero, es la existencia de un grupo de confianza del gobierno conformado por distintos representantes de sectores y líderes. Si bien, la Fiscalía aportó prueba sobre la existencia de este grupo de apoyo, como afirma la mayoría dada la posición del señor Gbagbo, no había *“nada sorprendente o extraordinario en el hecho de que un político de alto rango tenga patrocinadores políticos, ni es per se problemático que los altos oficiales militares se mantuvieran leales al señor Gbagbo a la espera de la resolución de la cuestión de quién había ganado las elecciones presidenciales”*¹²⁷.

Otro ejemplo significativo es la utilización de los discursos políticos contra los oponentes como ejemplo de admisión y conocimiento de los ataques. Para la mayoría de la Sala, si bien es cierto que la evidencia disponible sugiere a un hombre con un grupo de apoyo que estaban decididos a retener el poder, sería difícil concluir que hay pruebas suficientes para afirmar que Gbagbo tenía la intención de permanecer en el poder a toda costa, incluso cometiendo crímenes generalizados o sistemáticos contra parte de la población civil y que *“en la medida en que sea pertinente, sólo puede decirse que las pruebas demuestran el aspecto no penal del supuesto plan común”*¹²⁸.

A pesar de no haber podido determinar la existencia de un plan o política, los jueces reconocieron el periodo de gran agitación y agonía que la población sufrió en Costa de Marfil y manifestó que había escuchado muchos relatos profundamente preocupantes de pérdida y sufrimiento y que habían visto evidencia sobre niveles angustiantes de brutalidad, crueldad e insensibilidad¹²⁹. El caso de Laurent Gbagbo y Blé Goudé deja lecciones aprendidas sobre las dificultades de probar, incluso en situaciones de extrema violencia, que líderes políticos en funciones de gobierno actuaron conscientemente y en ejecución de un plan para cometer dichos ataques. En especial porque a diferencia de los contextos de conflicto armado, esta política difícilmente será pública y algunas de las acciones ejecutadas para

¹²⁷ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 164.

¹²⁸ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 299.

¹²⁹ CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red, párr. 2040.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

implementarla podrían ser interpretadas como funciones típicas de gobierno que no demuestran la intencionalidad de cometer delitos.

8. CONSECUENCIAS DE FALTA DE COOPERACIÓN: LA SITUACIÓN DE KENIA

En situaciones en las cuales líderes políticos o funcionarios que detentan el poder son el centro de la investigación, la Oficina de la Fiscalía se encuentra ante una tensión particular. Por un lado, la oficina está en la obligación de actuar de forma tal que pueda asegurar la cooperación del Estado Parte. Sin embargo, aunque los Estados están llamados a cooperar con la investigación y cumplir con sus obligaciones como lo establece el artículo 86 del Estatuto, lo cierto es que quienes son señalados como posibles responsables pueden utilizar el poder que tienen en el territorio para obstaculizar la investigación mientras aparentan cooperación, en muchas ocasiones lamentablemente instrumentalizando los mecanismos de cooperación para limitar el progreso o impacto de la misma. El enjuiciamiento por crímenes internacionales contra agentes estatales en servicio y líderes políticos presenta dificultades particulares, esto ha llevado a que la mayoría de los enjuiciamientos modernos por crímenes internacionales son de líderes de actores no estatales o miembros de grupos rebeldes, y que cuando se han iniciado enjuiciamientos de funcionarios estatales, en la mayoría de los casos los procesos no han llegado a una condenatoria, con pocas excepciones¹³⁰. La investigación sobre la situación de Kenia brinda importantes alertas sobre estos dilemas.

Kenia es un Estado parte del Estatuto de Roma desde el 15 de marzo de 2005. El 31 de marzo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares II autorizó a la Fiscalía a abrir una investigación proprio motu sobre posibles crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de la violencia postelectoral en seis de las ocho provincias de Kenia, cometidos entre junio de 2005 y noviembre de 2009, la fiscalía posteriormente se centró lo ocurrido en 2007 y 2008¹³¹.

¹³⁰ Douglas Guilfoyle, 'Transnational crimes' en *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 808.

¹³¹ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Según la narrativa de la Fiscalía miembros de dos grupos organizados principales, el Movimiento Democrático Naranja y el Partido de Unidad Nacional atacaron deliberadamente a civiles que se percibía que simpatizaban con el grupo rival, los actos de violencia habrían estado basados en el origen étnico y la afiliación política¹³². Una primera ola de violencia había sido generada por ataques iniciados por grupos asociados con el Movimiento Democrático Naranja y dirigidos contra supuestos partidarios del Partido de Unidad Nacional¹³³, mientras que una segunda ola habría sido realizada como represalia contra miembros de los grupos considerados responsables de la violencia inicial¹³⁴. La Sala de Cuestiones Preliminares tuvo en consideración el nivel y la gravedad de la que se había vivido en el país incluyendo entre otros asesinatos, violación, violencia sexual y desplazamiento forzados¹³⁵.

La Fiscalía seleccionó a líderes de ambos bandos de la violencia como presuntos responsables. Para la primera ola de violencia postelectoral, nombró al presidente del partido Movimiento Democrático Naranja, Henry Kiprono Kosgey y al presentador de radio y jefe de operaciones de Kass FMin, Joshua Arap Sang, quien habría transmitido discursos de odio¹³⁶. La Fiscalía imputó también a un miembro del Parlamento, William Ruto¹³⁷. Por la segunda ola, cometida por el grupo Mungiki y la policía, nombró al secretario del gabinete de Kibaki, Francis Kirimi Muthaura, al comisionado de la Policía de Kenia, general Mohammed Hussein Ali y al Primer Ministro Adjunto y Ministro de Finanzas Uhuru

¹³² CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr, párr. 107.

¹³³ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr, párr. 104.

¹³⁴ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr, párr. 105.

¹³⁵ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr, párr. 190.

¹³⁶ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. William Samoei Ruto, Kenry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Decisión sobre la confirmación de cargos de conformidad con el artículo 61, apartado 7, letras a) y b), del Estatuto de Roma. 23 January 2012. ICC-01/09-01/11-373, pág. 138.

¹³⁷ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. William Samoei Ruto, Kenry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Decisión sobre la confirmación de cargos de conformidad con el artículo 61, apartado 7, letras a) y b), del Estatuto de Roma. 23 January 2012. ICC-01/09-01/11-373, pág. 138.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Muigai Kenyatta¹³⁸. En el primer caso, la Sala posteriormente confirmó los cargos contra Ruto y Sang y declinó confirmarlos contra Kosgey¹³⁹ y en el segundo caso confirmó cinco de los cargos contra Muthaura y Kenyatta y declinó confirmarlos contra Mohammed Ali¹⁴⁰.

Con el paso a juicio de los principales imputados, las dificultades de investigar a quienes ejercen las funciones de gobierno se mostraron rápidamente¹⁴¹. A partir de entonces, el gobierno comenzó una intensa actividad diplomática para obstaculizar el trabajo de la CPI, buscó obtener una resolución de la Unión Africana pidiendo que el juicio se confiara a la Corte Africana y se intentó imposibilitar la presentación de prueba presionando a los testigos y enviando la información solicitada con extrema demora¹⁴².

Después de un largo proceso que intentó asegurar la cooperación por parte de las autoridades kenianas, la Fiscalía de la Corte anunció en diciembre del 2014 que, considerando el estado de la prueba en el caso de Uhuru Muigai Kenyatta se veía obligada a retirar los cargos en su contra sin perjuicio de la posibilidad de presentar un nuevo caso si se llegaba a disponer de pruebas adicionales¹⁴³. Entre los graves desafíos a los que se enfrentó la Oficina de la Fiscalía en la investigación del Sr. Kenyatta se incluían (i) varias personas que podrían haber proporcionado pruebas importantes sobre las acciones del Sr. Kenyatta habían muerto, mientras que otras estaban demasiado aterrorizadas para testificar ante la

¹³⁸ James Verini, 'The Prosecutor and the President', The New York Times Magazine, 22 de junio de 2016, acceso al 15 de octubre de 2022, <https://www.nytimes.com/2016/06/26/magazine/international-criminal-court-moreno-ocampo-the-prosecutor-and-the-president.html>.

¹³⁹ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. William Samoei Ruto, Keny Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Decisión sobre la confirmación de cargos de conformidad con el artículo 61, apartado 7, letras a) y b), del Estatuto de Roma. 23 January 2012. ICC-01/09-01/11-373, pág. 138.

¹⁴⁰ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali. Decisión sobre la confirmación de cargos de conformidad con el artículo 61, apartado 7, letras a) y b), del Estatuto de Roma. 23 January 2012. ICC-01/09-02/11-382-Red, pág. 154.

¹⁴¹ James Verini, 'The Prosecutor and the President', The New York Times Magazine, 22 de junio de 2016, acceso al 15 de octubre de 2022, <https://www.nytimes.com/2016/06/26/magazine/international-criminal-court-moreno-ocampo-the-prosecutor-and-the-president.html> ; Hervé Maupeu, 'Kenyan Elections: The ICC, God and the 2013 Kenyan General Elections' en Kenya's Past as Prologue: Voters, Violence and the 2013 General Election (Nairobi: Africae, 2014), acceso al 10 de octubre de 2022 <http://books.openedition.org/africae/1462>.

¹⁴² Hervé Maupeu, 'Kenyan Elections: The ICC, God and the 2013 Kenyan General Elections', párr. 7.

¹⁴³ CPI. Oficina de la Fiscalía. Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, sobre el retiro de los cargos contra el Sr. Uhuru Muigai Kenyatta. 5 de diciembre de 2014. ICC-01/09-02/11-983 <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-withdrawal-charges-against-mr>.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Fiscalía;(ii) el que los testigos clave que aportaron pruebas en este caso posteriormente se retiraron o cambiaron sus relatos; y (iii) el que incumplimiento por parte del Gobierno de Kenia comprometía la capacidad de la Fiscalía para investigar a fondo los cargos¹⁴⁴. El caso contra William Ruto, tuvo un final similar con la declaración de la nulidad del juicio debido a una incidencia preocupante de interferencia de testigos e intromisión política intolerable que era razonablemente probable que intimidaba a los testigos y decidiendo que los cargos serán anulados¹⁴⁵.

La propia Sala determinó que, la República de Kenia no había cumplido sus obligaciones legales de consultar con la Corte, incluyendo por no adoptar todas las medidas razonables para ejecutar una solicitud de cooperación de la Corte¹⁴⁶. Con respecto a la falta en el envío de la información, la Sala constató que hubo *“un retraso sustancial e inexplicable por parte del Gobierno de Kenia en dar efecto a la solicitud de cooperación o plantear cualquier problema que pudiera haber impedido la ejecución”* de dicha solicitud así como que la conducta posterior del Gobierno de Kenia siguió estando marcada por una demora injustificable, en contravención de instrucciones concretas de la Sala¹⁴⁷.

Posteriormente, el 10 de marzo de 2015 la Fiscalía solicitó una orden de arresto emitida confidencialmente contra Paul Gicheru y Philip Kipkoech Bett y publicada el 10 de septiembre de 2015 por delitos contra la administración de justicia consistentes en influir corruptamente en testigos sobre casos de la situación en Kenia¹⁴⁸. En el proceso por los cargos contra la administración de justicia, los jueces determinaron que al menos seis individuos actuaron en apoyo de un plan común con el objetivo final de socavar el caso de la Fiscalía en el caso Ruto y Sang impidiendo que declararían testigos de cargo, incluidas personas percibidas como testigos potenciales, así como que para alcanzar este objetivo,

¹⁴⁴ CPI. Oficina de la Fiscalía. Situación en la República de Kenia. Caso del Fiscal v. Uhuru Muigai Kenyatta. 5 de diciembre de 2014. Notificación sobre el retiro de los cargos contra Uhuru Muigai Kenyatta, párr. 2.

¹⁴⁵ CPI. Sala de Juicio. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang. Decisión sobre las solicitudes de la defensa de que se dicten sentencias absolutorias. 5 de abril de 2016. ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr, párr. 464.

¹⁴⁶ CPI. Sala de Juicio V (B). Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta. Segunda decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de que se declare el incumplimiento con arreglo al artículo 87, apartado 7, del Estatuto. 19 de septiembre de 2016. ICC-01/09-02/11, pág. 18.

¹⁴⁷ CPI. Sala de Juicio V (B). Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta. Segunda decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de que se declare el incumplimiento con arreglo al artículo 87, apartado 7, del Estatuto. 19 de septiembre de 2016. ICC-01/09-02/11, 17.

¹⁴⁸ CPI. Situación en la República de Kenia. Caso del Fiscal c. Paul Gicheru. Decisión sobre la confirmación de cargos contra Paul Gicheru. 15 de julio de 2021. ICC-01/09--01/20-153—Red 15-07-2021, párr. 180.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

identificaron, localizaron y contactaron a testigos de la Fiscalía, les ofrecieron y/o pagaron beneficios financieros o de otro tipo, los amenazaron o intimidaron, a fin de inducirlos a retirarse como testigos de la Fiscalía, negarse o dejar de cooperar con la Corte¹⁴⁹.

La obstaculización de los procesos y la falta de cooperación estuvo también marcada por la elección en los presuntos responsables de los casos principales. La intervención de la CPI llevó a los dos principales acusados, líderes de comunidades que se habían enfrentado en el periodo de violencia en 2008 a unir fuerzas en las elecciones de 2013¹⁵⁰. Uhuru Kenyatta declaró oficialmente su candidatura como Presidente después de regresar de La Haya, incluyendo a William Ruto como vicepresidente¹⁵¹. Kenyatta fue elegido como presidente en las elecciones de 2013 y William Ruto obtuvo la presidencia recientemente en 2022. Para algunos autores, ambos acusados lograron instrumentalizar el proceso ante la Corte para ganar consolidar su liderazgo con sus respectivos grupos¹⁵².

Como afirma Milanović lo paradójico de los procesos de Kenia es que la Fiscalía actuó imparcialmente al elegir a Kenyatta y Ruto, líderes de facciones opuestas, sin embargo esto los incentivó a los dos a unirse políticamente y trabajar conjuntamente para desacreditar a la CPI como otro ejemplo de colonialismo occidental, particularmente entre miembros de sus propios grupos étnicos, mientras saboteaba activamente los procedimientos contra ellos e impedía enjuiciamientos internos de acusados de bajo nivel¹⁵³.

No es posible determinar una razón única para el desenlace de los procesos en la situación de Kenia. Por ejemplo, varios abogados defensores alegan que la fiscalía no investigó correctamente ni presentó a la Corte pruebas creíbles de que los acusados fueran responsables de los delitos imputados¹⁵⁴, aunado a esto el proceso mostró también las dificultades en la interpretación uniforme de algunos elementos de

¹⁴⁹ CPI. Situación en la República de Kenia. Caso del Fiscal c. Paul Gicheru. Decisión sobre la confirmación de cargos contra Paul Gicheru. 15 de julio de 2021. ICC-01/09--01/20-153—Red 15-07-2021, párr. 181.

¹⁵⁰ Hervé Maupeu, 'Kenyan Elections: The ICC, God and the 2013 Kenyan General Election' párr. 3.

¹⁵¹ James Verini, 'The Prosecutor and the President', *The New York Times Magazine*, 22 de junio de 2016; Hervé Maupeu, 'Kenyan Elections: The ICC, God and the 2013 Kenyan General Elections', párr. 3.

¹⁵² Hervé Maupeu, 'Kenyan Elections: The ICC, God and the 2013 Kenyan General Elections', párr. 9.

¹⁵³ Marko Milanović, 'Courting Failure: When Are International Criminal Courts Likely to be Believed by Local Audiences?' , 289.

¹⁵⁴ Jenia Iontcheva Turner, 'Defense Perspectives on Fairness and Efficiency' en *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 59.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

los crímenes de lesa humanidad¹⁵⁵. Sin embargo, lo cierto es que la falta de cooperación real por parte del Estado, el soborno y la intimidación hacia testigos tuvo un impacto importante en la obtención de la prueba. La situación de Kenia ante la Corte seguirá por algún tiempo recordando los desafíos de iniciar procesos contra funcionarios públicos y líderes políticos por la posible comisión de crímenes de lesa humanidad.

9. CONCLUSIONES

Los crímenes de lesa humanidad cometidos por líderes políticos o autoridades estatales representan, como afirma David Luban, una perversión de la política y la implicación del Estado en la mayoría de estos casos busca asegurar que los hechos queden en la impunidad. Esto impide que se le permita al Estado alegar su soberanía para proteger su dinámica política y permite, con base al principio de complementariedad, que un tribunal internacional como la CPI pueda intervenir para determinar responsabilidades individuales en las situaciones que puedan entrar en su jurisdicción.

La determinación de responsabilidades por parte de la CPI de los líderes políticos y autoridades estatales que hayan tenido un rol en la perpetración de crímenes de lesa humanidad en tiempos de paz será esencial para cumplir con los objetivos del sistema del Estatuto de Roma.

Difícilmente los contextos en donde ocurren violaciones sistemáticas a derechos humanos y en los cuales autoridades estatales implementan un ataque contra su población pueden considerarse como tiempos de verdadera paz. Sin embargo, es necesario diferenciar estas situaciones de aquellas en las cuales existe un conflicto armado. El artículo 7 del Estatuto de Roma no incluye el elemento de nexo con el conflicto armado, sino la exigencia de que estos hechos sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Esto resultaba coherente con el creciente consenso de ese momento en el cual los Estados comenzaban a entender como amenazas a la paz y la seguridad no sólo los conflictos armados sino también las atrocidades puramente internas. Dicho divorcio con el conflicto debe permear la interpretación de todos los elementos.

Debido a que los tribunales internacionales han conocido mayormente casos de crímenes asociados a un conflicto armado, el desarrollo de los crímenes de lesa humanidad en tiempo de paz de forma realmente

¹⁵⁵ Leila Nadya Sadat, 'Crimes against Humanity in the Modern Age', 335.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

autónoma requerirá de esfuerzos por parte de las partes en los procesos. La CPI será la instancia que tendrá mayor oportunidad para pronunciarse en situaciones que involucren a perpetradores que victimizan a sus conciudadanos dentro del territorio de sus respectivos Estados y a realizar un desarrollo jurisprudencial sustancial sobre cómo estos delitos se cometen en tiempos de paz. Ejemplo de esto son las situaciones de Kenia, Costa de Marfil, Burundi, Bangladesh/Myanmar, Filipinas y Venezuela I, en las cuales la CPI se encuentra investigando posibles crímenes de lesa humanidad sin nexo con conflictos armados.

Las primeras situaciones que fueron analizadas por la Corte sobre crímenes de lesa humanidad en tiempos de paz han mostrado serias dificultades en la determinación de responsabilidades de líderes políticos. Los casos de Kenia y Costa de Marfil muestran con especial preocupación estas dificultades. El primero muestra cómo existen dificultades probatorias particulares para demostrar la dimensión criminal de una política para atacar a la población por parte de autoridades estatales mientras que la segunda alerta sobre la posible instrumentalización de los mecanismos de cooperación contemplados en el Estatuto.

En las situaciones como las de Costa de Marfil, las dificultades para probar la existencia de una política surgen en parte de la complejidad de determinar el momento en el cual la búsqueda por parte de los líderes políticos de tomar o mantener el poder se convierte en una política que implica la comisión de crímenes contra la humanidad. El caso de Laurent Gbagbo y Blé Goudé deja lecciones aprendidas sobre las dificultades de probar, incluso en situaciones de extrema violencia, que líderes políticos en funciones de gobierno actuaron conscientemente y en ejecución de un plan para cometer dichos ataques. En especial porque a diferencia de los contextos de conflicto armado, esta política difícilmente será pública y algunas de las acciones ejecutadas para implementarla podrían ser interpretadas como funciones típicas de gobierno que no demuestran la intencionalidad de cometer delitos.

En la situación de Kenia ante la CPI, la falta de cooperación real por parte del Estado, el soborno y la intimidación hacia testigos tuvo un impacto importante en la obtención de la prueba. Esta situación seguirá sirviendo para recordar los desafíos de iniciar procesos contra funcionarios públicos y líderes políticos por la posible comisión de crímenes de lesa humanidad.

La conclusión de mayor relevancia es la necesidad de continuar desarrollando los elementos de los crímenes de lesa humanidad de forma autónoma y comprendiendo su naturaleza política. Esto será de

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

gran relevancia para las investigaciones actuales y futuras de crímenes de lesa humanidad en la CPI, la cual se constituirá como tribunal referente en la materia.

10. BIBLIOGRAFÍA

Ambos, Kai. 'Crimes Against Humanity and the International Criminal Court'. En *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. por Leila Nadya Sadat. Reino Unido: Cambridge University Press, 2011.

Bassiouni, Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

Bassiouni, Cherif. 'Revisiting the Architecture of Crimes Against Humanity Almost a Century in Forging a Convention for Crimes Against Humanity'. En *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. por Leila Nadya Sadat. Reino Unido: Cambridge University Press, 2011.

Chernor Jalloh, Charles. 'What Makes a Crime Against Humanity a Crime Against Humanity?' *American University International Law Review* 28, no. 2 (2013).

Dubler SC, Robert y Matthew Kalyk. *Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security*. Leiden; Boston: Brill/Nijhoff, 2018.

Greenawalt, Alexander K.A. 'What is An International Crime?' En *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. Reino Unido: Oxford University Press, 2020.

Guilfoyle, Douglas. 'Transnational crimes'. En *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. Reino Unido: Oxford University Press, 2020.

Gur-Arye, Miriam y Alon Harel, 'Taking Internationalism Seriously Why International Criminal Law Matters'. En *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. Reino Unido: Oxford University Press, 2020.

Haque, Adil Ahmad. "Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law". *Buffalo Criminal Law Review* 9 (2005). 273–328. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.744025>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Luban, David. 'A Theory of Crimes Against Humanity'. *The Yale Journal of International Law* 29 (2004) 85-167.

Maupeu, Hervé. "Kenyan Elections: The ICC, God and the 2013 Kenyan General Elections" en *Kenya's Past as Prologue: Voters, Violence and the 2013 General Election*. Nairobi: Africae, 2014, acceso al 10 de octubre de 2022, disponible en: <http://books.openedition.org/africae/1462>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Mettraux, Guénaél. 'The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a Policy Element'. En *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. por Leila Nadya Sadat. Reino Unido: Cambridge University Press, 2011.

Milanović, Marko. 'Courting Failure: When Are International Criminal Courts Likely to be Believed by Local Audiences?' En *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. Reino Unido: Oxford University Press, 2020.

Renzo, Massimo. "Crimes Against Humanity and the Limits of International Criminal Law, Law and Philosophy". *Law and Philosophy* 3 (2012). 443–476. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10982-012-9127-4>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Sadat, Leila Nadya. 'Crimes against Humanity in the Modern Age'. *American Journal of International Law* 107 no. 2 (2013). 334-377. DOI: 10.5305/amerjintlaw.107.2.0334.

Sadat, Leila Nadya. "Putting Peacetime First: crimes against humanity and the civilian population requirement". *Emory International Law Review* 31 (2017). 197-265, disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol31/iss2/1>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Turner, Jenia Iontcheva. 'Defence Perspectives on Fairness and Efficiency'. En *The Oxford Handbook of International Criminal Law* ed. por Kevin Jon Heller et al. Reino Unido: Oxford University Press, 2020.

Verini, James. "The Prosecutor and the President". *The New York Times Magazine*. 22 de junio de 2016, acceso al 15 de octubre de 2022, disponible en: <https://www.nytimes.com/2016/06/26/magazine/international-criminal-court-moreno-ocampo-the-prosecutor-and-the-president.html>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

Vernon, Richard. "What is Crime against Humanity?" *The Journal of Political Philosophy* Volume 10, number 3. 231-249 (2002), DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9760.00151>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Comisión de Derecho Internacional. Cuarto informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. 18 de febrero de 2019. A/CN.4/725, disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/3800178/files/A_CN.4_725-ES.pdf?ln=en. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Decisiones Judiciales

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenia. 31 de marzo de 2010. ICC-01/09-19-Corr.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Corrección de errores de la Decisión adoptada de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Costa de Marfil. 15 de noviembre 2011. ICC-02/11-14-Corr.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Burundi. Versión pública de la decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Burundi de 25 de octubre de 2017. 9 de noviembre de 2017.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en la República de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una investigación sobre la situación en la República Popular de Bangladesh/República de la Unión de Myanmar. 14 de noviembre de 2019. ICC-01/19-27.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República de Filipinas. Decisión sobre la solicitud de autorización de una investigación presentada por el Fiscal con arreglo al artículo 15, apartado 3, del Estatuto. 15 de septiembre de 2021. ICC-01/21-12.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.
SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA
CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en Libia. El Fiscal c. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. Resolución por la que se da por concluido el procedimiento contra el Sr. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli. 15 June 2022. ICC-01/11-01/17.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en Libia. El Fiscal c. Al-Tuhamy Mohamen Khaled. Resolución por la que se da por concluido el procedimiento contra el Sr. Al-Tuhamy Mohamed Khaled. 7 de septiembre de 2022. ICC-01/11-01/13-38.

CPI. Oficina de la Fiscalía. Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020. 14 de diciembre de 2020.

CPI. Sala de Juicio VI. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Bosco Ntaganda. Sentencia del 8 de julio de 2019. ICC-01/04-02/06-2359.

CPI. Sala de Juicio. Situación de Uganda. Caso del Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia del 4 de febrero de 2021. ICC-02/04-01/15-1762-Red.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República Democrática del Congo. Caso del Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Sentencia del 30 de septiembre de 2008. ICC-01/04-01/07-717.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en Costa de Marfil. El Fiscal c. Laurent Gbagbo. Orden de Arresto de Laurent Koudou Gbagbo. 23 de noviembre de 2011. ICC-02/11-26.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en Costa de Marfil. El Fiscal c. Blé Goudé. Orden de Arresto de Charles Blé Goudé. 21 de diciembre de 2011. ICC-02/11-02/11-1.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares III. Situación en Costa de Marfil. El Fiscal c. Simon Gbagbo. Orden de Arresto de Simone Gbagbo. 29 de febrero de 2012. ICC-02/11-01/12.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares I. Situación en la República de Costa de Marfil. Caso del Fiscal c. Laurent Gbagbo. Decisión de confirmación de cargos contra Laurent Gbagbo. 12 de junio de 2014. ICC-02/11-01/11-656-Red.

CPI. Equipo de defensa de Laurent Gbagbo. El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé. Version corregida de la 'Petición de la defensa de Laurent Gbagbo para que se pronuncie la absolución de todos

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.

SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

los cargos a favor de Laurent Gbagbo y para que se ordene su liberación inmediata'. 25 de septiembre de 2018, ICC-02/11-01/15-1199-Corr 26-09-2018.

CPI. Equipo de defensa de Charles Blé Goudé. El Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé. Versión pública de "Corrección al No Case to Answer Motion de la defensa de Blé Goudé del 23 de julio de 2018". 3 de agosto de 2018. ICC- 02/11-01/15-1198-Conf-Corr. 28 de septiembre de 2018, ICC-02/11-01/15-1198-Corr-Red.

CPI. Sala de Juicio I. Razones motivadas del Juez Geoffrey Henderson. 16 July 2019. ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red.

CPI. Sala de Apelaciones. Situación en la República de Costa de Marfil. Caso del Fiscal c. Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé. Decisión en la apelación de la Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la petición de No Case to Answer Motion. ICC-02/11-01/15-1400.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. William Samoei Ruto, Kenry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. Decisión sobre la confirmación de cargos de conformidad con el artículo 61, apartado 7, letras a) y b), del Estatuto de Roma. 23 January 2012. ICC-01/09-01/11-373.

CPI. Sala de Cuestiones Preliminares II. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali. Decisión sobre la confirmación de cargos de conformidad con el artículo 61, apartado 7, letras a) y b), del Estatuto de Roma. 23 de enero de 2012. ICC-01/09-02/11-382-Red.

CPI. Oficina de la Fiscalía. Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, sobre el retiro de los cargos contra el Sr. Uhuru Muigai Kenyatta. 5 de diciembre de 2014. ICC-01/09-02/11-983, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-withdrawal-charges-against-mr.> (Fecha de consulta: 17/10/2023).

CPI. Oficina de la Fiscalía. Situación en la República de Kenia. Caso del Fiscal v. Uhuru Muigai Kenyatta. 5 de diciembre de 2014. Notificación sobre el retiro de los cargos contra Uhuru Muigai Kenyatta.

Crímenes de Lesa Humanidad ante la Corte Penal Internacional: retos para la determinación de responsabilidades de líderes políticos y autoridades estatales.
SARA CRISTINA FERNÁNDEZ RIVERA

CPI. Sala de Juicio. Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang. Decisión sobre las solicitudes de la defensa de que se dicten sentencias absolutorias. 5 de abril de 2016. ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr.

CPI. Sala de Juicio V (B). Situación en la República de Kenia. El Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta. Segunda decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de que se declare el incumplimiento con arreglo al artículo 87, apartado 7, del Estatuto. 19 de septiembre de 2016. ICC-01/09-02/11.

CPI. Situación en la República de Kenia. Caso del Fiscal c. Paul Gicheru. Decisión sobre la confirmación de cargos contra Paul Gicheru. 15 de julio de 2021. ICC-01/09--01/20-153—Red.

CPI. Nota de Prensa “El Sr. Karim A.A. Khan QC, Fiscal de la CPI, abre una investigación de la situación en Venezuela y concierta un Memorándum de Entendimiento con el Gobierno”. 5 Noviembre 2021, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-mr-karim-aa-khan-qc-opens-investigation-situation-venezuela-and-concludes>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

TPIY. Sala de Apelaciones. El Fiscal c. Erdemović. Sentencia del 7 de octubre de 1997, IT-96-22-A, Opinión Separada Conjunta de Jueza McDonald y Juez Vohrah, 21, disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Tribunal Militar Internacional para Núremberg, Segundo día, miércoles, 21 de noviembre de 1945, parte 04 en Juicio de los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional. Volumen II. Asunto: 11/14/1945-11/30/1945. [Texto Oficial en Ingles] 98-102, disponible en: <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

TPIY. Sala de Apelaciones. Fiscal c. Dusko Tadic. Decisión sobre la petición de la defensa de apelación interlocutoria sobre la jurisdicción. 2 de octubre de 1995.

TPIY. Sala de Juicio. Fiscal c. Dusko Tadic. Sentencia del 7 de mayo de 1997.

TPIR. El Fiscal c. Kayishema, Caso No. ICTR-95-1-T, Sentencia del 21 de Mayo de 1999.