



Derechos Humanos y Constitución. Orden público internacional y orden público de los Estados

José A. Burneo Labrín

Dr. en Derecho, Universidad Católica de Lovaina (Bélgica)
Pontificia Universidad Católica del Perú
Santo Domingo, 21 de marzo de 2007

INTRODUCCIÓN

1. La temática objeto de esta jornada, con lo importante que ella es, hubiera sido paradójicamente inviable políticamente en Santo Domingo y en cualquier lugar del planeta, durante los dos primeros tercios del siglo XX, esto es, hace escasos cuarenta años atrás. En el contexto de la Guerra Fría, además, podríamos haber sido calificados los organizadores y todos los aquí reunidos como traidores a nuestros respectivos países, o como ilusos, tontos útiles, que estaríamos haciendo el juego al comunismo internacional, o, si estuviéramos entonces en el lado Este del mundo, estaríamos atentando contra el paraíso comunista.

2. En términos académicos, esta jornada hubiera sido jurídicamente impensable y casi un absurdo jurídico. En efecto, de acuerdo con dos autores representativos de esa época que cronológicamente terminó hacia 1945, los derechos humanos no existían en el plano del Derecho internacional o Derecho de Gentes, y, en tanto Derechos Fundamentales no serían constitutivos de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Así es como uno de los grandes internacionalistas europeos, L. Francis L. Oppenheim escribió que *“los así llamados derechos humanos no sólo no gozan sino que no pueden gozar de protección alguna por parte del Derecho Internacional”* (citado por Carrillo, 2001, 12). Y en la esfera de la teoría del derecho algo análogo escribió a su vez Hans Kelsen: *“si se concibe el Estado como ordenamiento jurídico, todo Estado (sea este el Estado Nazi u otro totalitario) es un Estado de Derecho, y este término aparece como un pleonasmó”* (1960, 314) citado por Pérez Luño 2002, 92. Ver también Landa, 2006, 19.

3. Según los autores precitados, de una parte, el Derecho Internacional no podía proteger derechos humanos inexistentes internacionalmente, y, de otra parte, la violación de estos derechos por un Estado, como lo hiciera el Estado nazi, otros Estados totalitarios y regímenes políticos autoritarios que proliferaron durante el siglo XX en Europa, Africa y las Américas y el Caribe, la violación de estos derechos por dichos Estados, no afectaba necesariamente su calidad de Estados de Derecho. El diálogo a propósito de los Derechos Humanos entre el Derecho de Gentes o Derecho Internacional y el Derecho Constitucional o Derecho nacional o interno no era pues posible. Es decir, no podríamos en este pasado históricamente tan cercano, haber titulado esta jornada “Derechos Humanos y Constitución”.

4. Afortunadamente la situación ha cambiado radical y sustantivamente no sólo en Santo Domingo sino, en general, a nivel universal. Empero, no deja de ser cierto que para algunos aún hoy en día, afortunadamente una minoría aunque no exenta de importancia, tales calificativos todavía estarían justificados.

5. A los efectos de esta jornada, en una primera parte nos vamos a referir al cambio operado en el plano del Derecho Internacional respecto de los Derechos Humanos. Destacaremos la modificación que se produce en la noción de soberanía clásica de los Estados, la cual constituía el único postulado sobre el cual se construyó el Derecho Internacional pero también el Derecho Constitucional vigentes durante la primera mitad del siglo XX. Nos parece que esta reformulación de la noción de soberanía clásica de los Estados produjo un replanteamiento del Orden Público Internacional así como seguramente del Orden Público nacional. Nos preguntaremos así, ¿cómo es que, de estar vacío de los Derechos Humanos, el Derecho de Gentes le otorga la importancia que hoy en día se aprecia a nivel mundial? Y, también, ¿cuál es exactamente la importancia de los Derechos Humanos, esto es, ha devenido en sólo una “parte de”, eventualmente prescindible, o en un componente esencial y constitutivo del Derecho Internacional contemporáneo luego de 1945?

6. También es relevante en el marco de esta jornada referirnos, en una segunda parte, a la relación existente entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional o Derecho interno. En términos concretos delimitaremos, complementariamente a lo que desarrollaremos en la primera parte, algunos contenidos y aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho constitucional.

7. Finalmente presentaremos algunas reflexiones a modo de conclusiones.

I. PRIMERA PARTE.

DEL DERECHO DE GENTES CLÁSICO AL DERECHO DE GENTES NUEVO. LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A. La imposibilidad de la noción de derechos humanos en el marco del Orden público internacional que emergió con la era moderna.¹

8. La era moderna trajo consigo, en la Europa centro del poder mundial, el quiebre del Orden Público Internacional pre-moderno donde el factor religioso, específicamente el católico romano, era uno de carácter esencial. Sin embargo, la irrupción y consolidación de la Reforma fue compatible con la institucionalización de un Orden Público Internacional propio de la Era Moderna y en el que participaron todos los Estados europeos. Nuestra aproximación a este Orden Público lo haremos desde el naciente Derecho de Gentes que luego se denominará Derecho Internacional².

9. Uno de los fundadores del Derecho Internacional, el sacerdote dominico español Francisco de Vitoria, establecerá tempranamente algunos de sus rasgos principales. Los Estados Civilizados y, en la especie, históricamente entonces sólo Europeos, componen la sociedad o comunidad internacional. Tienen, bajo ciertas condiciones que cada Estado soberanamente evaluará, el derecho de iniciar guerras justas (*jus ad bellum*) y subsecuentemente de conquista, incluida la explotación de los bienes conquistados y del enemigo

¹ Nos inspiramos en este punto de texto del profesor de la Universidad de Lovaina, F. Rigaux, donde él expone sobre “L’ordre juridique du ‘cercle enchanté’ (Charmed circle) des nations chrétiennes”. Cf. Francois Rigaux, «La notion d’ordre mondial (et d’un nouvel ordre mondial)», in *Mondialisation, mutations de sociétés et enjeux de justice*, Commission Justice et Paix asbl, Bruxelles, 1999, pp. 40 y 41.

² “C’est un juriste-théologien espagnol. Francisco de Vitoria, qui va paraphraser le texte des Institutes en substituant le mot *gentes* au mot *homines* (*inter omnes gentes*), ce qui paraissait s’accorder avec l’expression familière aux juristes romain du *ius gentium*: mais alors que celle-ci désignait en droit classique des règles applicables aux relations interindividuelles (*inter homines homines*), elle désignera, après Vitoria, les relations entre les nations (*gentes*) et deviendra en français le *droit des gens*, en anglais la *law of nations*. » El texto en latín según Vitoria será entonces como sigue: “*quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*”. Cf. Francois Rigaux, loc. cit., p. 38. También, James Brown, *El origen español del derecho internacional moderno*, Universidad de Valladolid, Talleres tipográficos Cuesta, 1928.

mismo. Existiendo simultáneamente Estados no-cristianos y/o no civilizados, cuyos habitantes son seres humanos inferiores, intelectual y moralmente, es conveniente para el progreso y desarrollo de tales Estados no civilizados, y la salvación de las almas de sus habitantes, que los Estados Civilizados les tutelen y, de ser necesario les conquisten. Se proclama entre los derechos de los Estados Civilizados susceptibles de ser defendidos mediante una *guerra justa*, el libre comercio, el libre tránsito, la libre instalación en esos territorios, el derecho a divulgar su ética y religión regeneradores y salvadores, a convertir tales habitantes a la religión cristiana³.

10. Con el advenimiento de la Era Moderna, luego de haber estado abolida en el siglo XIV, se legitima y ejerce ampliamente el derecho a esclavizar a otros seres humanos, lo que fue aceptado y legitimado por la ética pública, la teología cristiana católica y reformada, así como por las normas jurídicas de los Estados Civilizados.

11. Se instala así un Orden Público Internacional desde el inicio de la Era Moderna cuyos rasgos centrales, que se mantienen con algunos cambios hasta la primera mitad del siglo XX, podemos intentar resumirlos como sigue :

- (a) fue un Orden público eurocéntrico u occidental, construido por y al servicio de los Estados pertenecientes a este “círculo encantado”;
- (b) los Estados civilizados y por regla general cristianos son los únicos sujetos del Derecho de Gentes o Derecho Internacional, lo cual excluye a los individuos pero también a los pueblos; los Estados, de otro lado, tienen una racionalidad propia que se expresa en la “razón de Estado”, encarnan intereses colectivos superiores por oposición a los individuos, reivindican una identidad “nacional”, y subordinan a los individuos que se reconocen como vasallos de, servidores de y sujetos de un Estado determinado ;
- (c) reconocimiento ilimitado del *jus ad bellum* como potestad soberana de los Estados⁴ frente a los otros Estados, lo cual bloquea el surgimiento de instituciones supranacionales que representen intereses de la comunidad internacional ;
- (d) el Estado en virtud de su soberanía y “dominio reservado” no debía dar cuenta a la comunidad internacional respecto de su comportamiento hacia sus súbditos, ni respecto de los derechos y facultades que a ellos reconocidos.
- (e) el racismo y la esclavitud como doctrina e instituciones legítimas ética y jurídicamente, particularmente en relación a individuos y pueblos no civilizados, lo que comporta la calificación de ciertas culturas, pueblos e individuos, como superiores respecto de otras culturas, pueblos e individuos calificados como inferiores, la exclusión de “el otro”, paliada por la “caridad” y la bondad de los benefactores;

³ Cf. Francisco de Vitoria, O.P. *Doctrina sobre los Indios*, Editorial San Esteban, Salamanca, 1989, pág. 94 a 105. En la Relección intitulada De indis (1539), Vitoria concluye : “*los príncipes estarían obligados a ello [a asumir la administración de los indios] como si se tratara de niños. Parece que en este asunto vale la misma razón que para los amentes (sic), porque en nada o en poco superan a los amentes (sic) en el gobierno de sí mismos. Incluso (...) tienen costumbres que en poco aventajan a las de las bestias.*” Loc. cit., p. 104.

⁴ El *jus ad bellum*, con el advenimiento del positivismo jurídico en el siglo XIX, puesto que no era posible determinar cuando una guerra era justa, consideró que el Derecho Internacional debía limitarse a aceptar el hecho de la guerra, esto es, el *jus ad bellum* como una potestad soberana del Estado, y desarrollar más bien normas que regulen el *jus in bello* a fin de tener mínimo de humanidad en la inhumanidad de la guerra. Cf. Ernest Nys, *Le droit international*, Tome III, Bruxelles, Paris, Éditeurs A. Castaigne - A. Fontemoing, 1906, pp. 101, 102, 114 y 115. A. Mérignhac (1912) explica : « En las relaciones entre Estados, no existe ninguna jurisdicción suprema que establezca el derecho (...). La guerra deviene entonces, en ciertos casos, la sanción necesaria. » Y « esto será así en tanto no se habrá establecido una jurisdicción internacional obligatoria ». (Traducción del autor). Cf. A. Mérignhac, *Traité de droit public international. Troisième partie. Le droit de la guerre (tome I)*, Paris, Édit. LGDJ, 1912, pp. 10 y 11.

- (ee) la elaboración de un derecho colonial sustentado en los elementos anteriores, esto es la asimetría en las relaciones internacionales ;
- (dd) el importante papel de la doctrina cristiana –católica y reformada- en la formulación de la ética pública y justificación del orden eurocéntrico u occidental.

Este Orden Público Internacional, nacido con la modernidad, estaba pues muy lejos del reconocimiento de los derechos inherentes a todo ser humano, a todo pueblo, y de la noción de una ciudadanía universal.

12. El Orden Público, empero, no es estático sino dinámico, y no excluye posiciones divergentes que pueden llevar a importantes modificaciones, como lo fue la abolición de la esclavitud en el curso de siglo XIX.

13. El siglo XIX es pródigo en mostrar la manera como las potencias europeas hicieron uso de las normas que regían el Orden Público Internacional. Puede mencionarse así la Guerra del Opio 1839-1842, mediante la cual Inglaterra logra el libre comercio en China y se anexa la isla de Hong- Kong ; la terminación de la guerra de Crimea (1853-1856) ; la guerra anglo-francesa contra China a fin de ampliar las facultades de libre comercio, concluyendo con un tratado que otorgaba a Francia ventajas similares a las otorgadas a Inglaterra ; el Acta General, firmada en Berlín (1885) mediante la cual las potencias europeas adoptan acuerdos sobre la colonización y ocupación de territorios en África.⁵

La crisis del Orden Público Internacional clásico nacido con la modernidad.

14. Este Orden Público Internacional nacido con la Era Moderna hizo crisis al producirse la Primera Guerra Mundial (1914-1919). Esta primera gran hecatombe de la historia de la humanidad –aproximadamente ocho millones de muertos- provocó una reacción en Europa que remeció hasta sus cimientos lo que había sido hasta entonces algunos de los postulados en que reposaban las relaciones internacionales.⁶

15. El tratado de Versailles (1919) expresa bien el cambio que empieza a producirse. En primer lugar, hubo el intento de juzgar al ex Emperador de Alemania por haber ejercido precisamente la potestad soberana estatal de hacer la guerra, el *jus ad bellum*. La argumentación de la delegación de los Estados Unidos para oponerse a este juicio fue finalmente aceptada por el resto de las delegaciones, al reconocerse que no había en Derecho de Gentes una norma que incriminara a un Jefe de Estado por haber adoptado la decisión de declarar una guerra. No obstante lo anterior, el tratado finalmente estableció que se constituiría un Tribunal Internacional para juzgar al Kaiser Guillermo II. En segundo lugar, estableció que se juzgaría penalmente a los responsables de crímenes de guerra, incluidos los más altos jefes militares, debiendo constituirse de ser necesario también un tipo especial de tribunal internacional para tales efectos. En tercer lugar, creó una entidad política supranacional encargada, entre otras funciones, de articular los esfuerzos de la comunidad internacional no solo para prevenir las guerras, sino para hacer la guerra a la guerra, toda vez que se entiende como un finalidad primordial de la Liga de las Naciones, el mantenimiento de la paz internacional. En cuarto lugar, creó una entidad jurisdiccional permanente (la Corte Permanente de Justicia Internacional)

⁵ Véase los textos relativos a los tratados mencionados en Modesto Seara Vásquez, *Del Congreso de Viena a la Paz de Versailles*, México, Editorial Porrúa, S.A., segunda edición, 1980.

⁶ Luego de la Primera Guerra Mundial, los juristas plantearon que “una reforma del derecho de gentes existente se impone absolutamente. Todas las naciones deberían ponerse de acuerdo para proclamar, en una convención solemne, que una guerra declarada o conducida al margen de los principios del derecho de gentes acarrea la responsabilidad personal de aquellos que sean culpables de tales violaciones”. (Traducción del autor). Cf. P. Fauchille, *Traité de Droit international public*, Tome II, 8^e édition, Pairs, Édit. Librairie A. Rousseau, 1921, pp. 1066-1067.

encargada de resolver los diferendos entre los Estados a fin de que éstos no se vieran obligados a recurrir a la guerra para resolverlos.

Como es sabido, los Países Bajos no concedieron la extradición solicitada por algunos países europeos para juzgar al ex emperador alemán, y ningún criminal de guerra fue juzgado por los vencedores debido a la oposición del nuevo gobierno alemán. Los Estados Unidos luego de promover la creación de la Liga de Naciones no fueron parte de ella. Finalmente, Japón invadió China, Italia invadió Etiopía, y, con el apoyo de Alemania, los rebeldes ganan la Guerra Civil española.

16. El fiasco del tratado de Versalles, sin embargo, no es todo lo que debe decirse al hacer un balance del mismo ni del período entre las dos guerras mundiales. En efecto, poco después se aprobó el tratado Briand-Kellogg (Francia-Estados Unidos, 1924) ilegalizando -pero no incriminando- la guerra de agresión, tratado al que entonces adhirió Alemania y Japón. Poco después fueron aprobadas en los años 1927 y 1928 sendas resoluciones por la Liga de las Naciones y la Conferencia Panamericana, las cuales declaran la guerra de agresión como un crimen contra el género humano. La opinión pública mundial estaba entonces expresando la condena jurídica y ética de la guerra de agresión, renegando así de un postulado que sostenía el Orden Público Internacional entonces vigente.

Es de relieves también que se aprobó un tratado, el cual no llegó a entrar en vigor al sobrevenir el nuevo conflicto mundial, para la creación de un Tribunal Penal Internacional antiterrorista, encargado de sancionar penalmente a quienes fueran responsables de actos de terrorismo.⁷ En la época, se creó la OIT cuya actividad es hasta la actualidad de gran importancia.

Los imperios coloniales no fueron empero afectados en el marco de la Liga de las Naciones. No hubo ninguna condena al respecto.

B. El surgimiento de un nuevo Orden Público Internacionall, post 1945. Los Derechos humanos como hecho nuevo en la historia.

17. El nuevo Orden Público internacional que se instaura luego de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) se constituye en cuanto tal gracias a cambios de extraordinaria importancia para la historia de la humanidad, cambios acordados entonces por la comunidad internacional. Los nuevos principios constitutivos de este nuevo orden, íntimamente vinculados a la creación y desarrollo de las Naciones Unidas, están a la base del surgimiento de dos nuevas ramas del Derecho Internacional Público, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, de una parte, y de otra parte, a la consolidación del Derecho de Refugiados y del Derecho Internacional Humanitario. La comprensión de las normas y dinámica propias de este nuevo Orden resultan necesario al Derecho Constitucional de los Estados y al Derecho en general. A continuación vamos a presentar sus rasgos principales en dos contextos diferentes, marcados, el primero, por la existencia de la Guerra Fría y, el segundo, por el fin de ésta, en 1992, al producirse la disolución de la Unión Soviética.

En el contexto de la Guerra Fría (1945-1992).

18. El impacto de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) fue aún mayor que el suscitado por la denominada Gran Guerra. El número de víctimas se multiplicó por cuatro en las estimaciones más bajas, lo que hace no menos de treinta millones de personas muertas. Las atrocidades sin número, el exterminio de los judíos, horrorizaron al mundo. Teniendo en mente la experiencia del Tratado de Versalles, los vencedores y el conjunto de la comunidad internacional produjeron cambios sustantivos en los postulados y bases del Orden Público Internacional que emergió con la Era Moderna. A este efecto, tres instrumentos deben tenerse en consideración, cuya interacción y proyección debe analizarse en relación a los rasgos y postulados centrales

⁷ Convención de Ginebra para la prevención y represión del terrorismo, de 16 de noviembre de 1937.

del anterior orden público internacional. Estos tres instrumentos son : la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho de Nuremberg y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

19. En primer lugar, concluyó el proceso que declara fuera de la ley al secular *jus ad bellum*. De acuerdo con el Derecho de Nuremberg⁸, la guerra de agresión es un crimen internacional –crimen de agresión o crimen contra la paz- y los responsables de ella merecen una sanción penal. De acuerdo con la Carta de la ONU, los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza y al uso de la fuerza en sus relaciones entre ellos, estando incluso autorizado el Consejo de Seguridad para hacer la guerra en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. En adelante, se considerará que existe una norma imperativa –*jus cogens*- que califica la guerra de agresión como un crimen internacional.

20. En segundo lugar, de acuerdo con el Derecho de Nuremberg, se considera crimen internacional -crímenes de guerra- determinados actos violatorios de las leyes y costumbres del derecho de la guerra –*jus in bello*-, cometidos durante un CAI (Conflicto armado internacional). Esto será luego reforzado mediante la aprobación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que incluso autorizan la persecución o jurisdicción universal de los que aquí llamamos crímenes de guerra. Esta sanción alcanza tanto al ejecutor material como a los más altos jefes militares y responsables políticos.

21. En tercer lugar, de acuerdo con el Derecho de Nuremberg, se innova y revoluciona el Derecho de Gentes clásico, al establecerse por vez primera que determinados actos cometidos contra la población civil propia o enemiga, en tiempo de paz o en tiempo de guerra, constituyen crímenes internacionales y acarrear responsabilidad penal internacional de quienes fueren responsables, sean jefes de Estado, altos funcionarios, miembros de la sociedad civil, o ejecutores directos. La innovación y revolución afecta la noción de soberanía e independencia estatal, de injerencia en asuntos internos, “acto de Estado” y “razón de Estado”, inmunidad e impunidad internacionales de los Jefes de Estado y de los más altos responsables sean o no funcionarios. En efecto, sea a través de tribunales internacionales de justicia, sea a través de la justicia nacional de un Estado cualesquiera en virtud de la jurisdicción universal, determinados actos son justiciables internacionalmente en sentido lato : el Estado ha perdido el “dominio reservado” sobre actos que afectan a sus “sujetos” o ciudadanos y debe aceptar la injerencia en sus asuntos internos de entidades extranjeras al Estado. Esta injerencia, inclusive, tratándose de normas de *jus cogens*, se le impone al Estado concernido al margen de todo vínculo convencional. Es el caso antes mencionado del crimen de genocidio, o de la tortura, inculcados en virtud de normas de *jus cogens*.

22. En cuarto lugar, se establece un sistema de valores universales por primera vez en la historia humana, trascendiendo religiones, doctrinas filosóficas y culturas, condensado en un texto no sagrado, mediante el cual se declara y reconoce la radical igualdad y dignidad de todos los seres humanos, incompatible con todo tipo de discriminación, exclusión o racismo que subyace por ejemplo en toda dominación colonial. Este sistema universal limita el poder y la soberanía de los Estados respecto de los hasta entonces sus “sujetos”, funda la injerencia de la comunidad internacional en los asuntos internos de los Estados a través de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, y, excepcionalmente, del Consejo de Seguridad en los casos que se afecten la paz y la seguridad internacionales. A ello contribuyen las dos nuevas ramas del Derecho Internacional que se constituyen luego de la Segunda Guerra Mundial -el Derecho Penal Internacional que emerge de Nuremberg y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, conjuntamente con el Derecho Internacional Humanitario que se consolida en 1949, como expresiones jurídicas de una nueva ética pública internacional. Contribuyen, también, la acción conjugada de las instituciones estatales, supranacionales y de la sociedad civil en general, vinculadas a los asuntos humanitarios.

⁸ El Derecho de Nuremberg cuenta entre sus textos básicos : el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, la Carta del Tribunal anexa al Acuerdo, el Protocolo de Berlín de 6 de octubre de 1945, la Sentencia del Tribunal. Véase tales textos en *Proces des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international. Nuremberg 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*. Tome I, Édité a Nuremberg 1947 para le Secrétariat du Tribunal, 1947.

23. En quinto lugar, se establece una entidad mundial, la Organización de las Naciones Unidas, encargada de promover y velar por la paz y la seguridad internacionales, de suprimir los actos de agresión -incluida la potestad a este efecto de intervenir militarmente-, de fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en la igualdad de derechos de los pueblos y la libre de determinación de éstos, de realizar la cooperación internacional en todos los ámbitos y en el desarrollo del respeto a los derechos humanos. Establece, además, la Carta de las Naciones Unidas, para solucionar los diferendos entre los Estados, la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisprudencia y opiniones consultivas son una referencia autorizada para elucidar los aspectos centrales del nuevo Orden Público Internacional. El documento fundador entiende que la Organización debe *“servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”* (art. 1,4).

24. En sexto lugar, existe como postulado del nuevo Orden Público Internacional, un nuevo sujeto internacional, los pueblos, a los que se les reconoce sin distinción alguna el derecho a la autodeterminación – esto es, a determinar su forma de gobierno-, que se traducirá luego en uno de los hechos políticos más importantes del siglo XX, la descolonización del continente africano y de vastas regiones asiáticas. Este derecho, reconocido en las Carta de las Naciones Unidas (artículo 76) ha sido codificado en el artículo 1 común de los dos tratados universales de derechos humanos más importantes –el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Incluye el derecho a “su desarrollo económico, social y cultural”, la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales⁹. Este es otro de los cambios importantes en Derecho de Gentes si se tiene en consideración la asimetría existente en el Orden Público clásico o moderno a partir de la noción de Naciones Civilizadas.

25. Paralelamente al proceso de globalización creciente de los derechos humanos en el mundo, no así de la justicia internacional, se desarrolla el poderoso proceso de globalización económica iniciado agresivamente con el inicio de la era moderna. Este proceso agresivo de globalización ciertamente incluye además de la dimensión económica, otras dimensiones relativas a la esfera política, cultural, religiosa, racial, alimenticia, productiva, educativa, de salud, deportiva, etc., cada una de ellas con sus particularidades y resultados de diverso signo. Si bien la globalización agresiva es un rasgo propio del Orden Público Internacional de la modernidad, lo extraordinario durante el tiempo de la Guerra Fría es la aceleración del proceso mismo teniendo como eje su vertiente económica, el desarrollo de la tecnología y la constitución de gigantescas empresas que ingresan a todos los campos de la relaciones humanas. Cada vez son menos las áreas que no se han mercantilizado.

En el centro de estas relaciones globalizadas se encuentran un conjunto de instituciones intergubernamentales mundiales creadas en el marco de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, y en menor medida en las otras regiones del mundo. El Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial de Comercio, la UNESCO, etc. Un balance general de las actividades realizadas por estas instituciones a la luz del sistema universal de valores y de normas jurídicas convencionales y no-convencionales que trae consigo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el nuevo Derecho Penal Internacional, la Carta de las Naciones Unidas, mostraría que algunas de ellas tienen una actividad incompatible con dicho sistema y con los postulados del nuevo Orden Público Internacional. En el contexto de la Guerra Fría muchas de ellas fueron el coto cerrado

⁹ El artículo 1 común de los Pactos mencionados se lee como sigue :

“Artículo 1.

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 (...).
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 (...).”

de algunas grandes potencias y no fue posible someter los planes y programas de tales instituciones, al menos en los casos de incompatibilidad más flagrantes, a mecanismos institucionalizados de control.¹⁰

26. Todo lo anterior se desenvuelve en el marco de lo que se denominó la Guerra Fría. Entre los aspectos negativos que ésta trajo consigo para la vigencia del nuevo Orden Público Internacional podemos señalar dos. En primer lugar, la no aplicación –salvo a los nazis y “colaboradores”- del Derecho de Nuremberg, esto es, del nuevo Derecho Penal Internacional, y la no creación de un Tribunal Penal Internacional permanente. Los líderes de las grandes y pequeñas potencias, de regímenes democráticos y dictatoriales vieron con espanto lo que podría suceder si las nuevas normas penales internacionales se aplicaban universalmente. Fue un acuerdo tácito en el seno de las Naciones Unidas en el que convergieron todos. La Guerra Fría y el muro físico de Berlín fue un excelente pretexto para elevar un eficaz muro político que les protegiera al haberse derrumbado en Nuremberg el muro jurídico constituido por la noción de soberanía estatal clásica.¹¹ Quien se hubiera atrevido a poner en funcionamiento a escala universal el nuevo Derecho Penal Internacional hubiera corrido el riesgo de ser calificado de “tonto útil” o simplemente de traidor a los suyos. El Derecho Penal Internacional desapareció o mejor nunca llegó a ingresar como curso universitario en las facultades de derecho.

El segundo aspecto negativo tiene que ver con las atrocidades y graves violaciones que se cometieron entonces en muchas regiones del mundo debido a que la Organización de las Naciones Unidas abdicó de las facultades que su Carta le había otorgado. Una lamentablemente larga lista de masivas violaciones a los derechos humanos podría hacerse si se hiciera un recuento de lo sucedido entre los años 1950 y 1992, no sólo en relación a las dictaduras de todo signo que proliferaron, sino inclusive en países modélicos y líderes mundiales en la lucha por la democracia o por la instauración del comunismo.

27. Pese al silencio que la Guerra Fría logró imponer en determinados temas y situaciones, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desarrolla y consolida la globalización de los derechos humanos aunque no sin ambigüedades. En este período de algún modo se globaliza la solidaridad conformándose una sociedad civil global organizada a través de Organizaciones No Gubernamentales internacionales y nacionales que pugnaron por hacer realidad el nuevo sistema universal de valores y que denunciaron las violaciones graves de los derechos humanos que se cometían en el mundo, a riesgo de ser llamados “tontos útiles” cuando no “quinta columna” del enemigo.

Esta sociedad civil que actúa a través de Organizaciones No Gubernamentales internacionales y nacionales se fortalece, además, gracias al ingreso paulatino de contingentes individuales y de instituciones provenientes del mundo cristiano, católico y evangélico que asumen igualmente, particularmente luego del Concilio Vaticano II la defensa y promoción de los derechos humanos. Su presencia y compromiso en el contexto de la Guerra Fría en nuestros países latinoamericanos es bastante conocido. Compartiendo la suerte y el martirio de nuestros pueblos, su aporte ha sido central en la historia reciente latinoamericana.

¹⁰ Una visión crítica de la manera como se lleva al cabo la globalización de la economía nos aporta Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002. Premio Nóbel de Economía, ex Vicepresidente del Banco Mundial.

¹¹ Respecto de los temores compartidos tanto por los países occidentales como comunistas en la época, sobre el funcionamiento de la supervisión internacional a cargo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, P. Alston escribe : “The United States (...) was worried about the certainty of complaints alleging racial discrimination (already in 1947 the Commission had been sent a petition said to be on behalf of 13 million American “Negroes”, alleging such discrimination) while the United Kingdom, France, Belgium, Portugal and the other colonial powers feared complaints about conditions and practices in their colonies. The Western States were joined in an unacknowledged alliance by the Eastern European adversaries who opposed such procedure, ostensibly on the grounds that it would involve a breach of article 2(7) of the Charter. But underlying their opposition was a clear sense that some of the more brutal dimensions of Stalinism and even the very ideology of Marxism-Leninism would probably be priority targets for any adversarial international complaints procedures”. Cf. P. Alston, editor, *The United Nations and Human Rights*, Great Britain, Clarendon Press –Oxford (1ra edición 1992), p. 141.

La post Guerra Fría y la globalización de los derechos humanos y en particular de la justicia penal internacional.
El Orden Público Internacional contemporáneo en cuestión.

28. Uno de los efectos espectaculares que trajo consigo el fin de la Guerra Fría –tomando como fecha de referencia la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas el año 1992- fue la globalización de la justicia penal internacional. El Derecho de Nuremberg regresó a la escena pública internacional. Algunos acontecimientos jurídico-políticos de gran importancia para la vigencia de las normas propias del Orden Público Internacional se han producido desde entonces.

En primer lugar, se crearon los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994) –ambos actualmente en funciones- por decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En segundo lugar, se toma la decisión en el seno de la Asamblea General -recordando ahora que no había impedimento alguno para crear una Corte Penal Internacional de acuerdo con sus resoluciones adoptadas hacia 1950¹²-, de elaborar un proyecto de Estatuto mediante un comité de Estados (Resolución 49/53 de 9 de diciembre de 1994). Seguidamente, la Asamblea General invitó a todos los Estados a participar en una Conferencia de Plenipotenciarios (Resolución 52/160 de 15 de diciembre de 1997), la misma que aprobó el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional (1998).

En tercer lugar, el desarrollo del caso Pinochet¹³: en aplicación de la jurisdicción universal por la justicia nacional del Estado español, un juez de este país solicitó la extradición del justiciable, la misma que fue declarada conforme al derecho internacional –y por tanto extraditable- por la Cámara de Loes de Inglaterra (si bien fue, por humanidad y de acuerdo con la potestad que le confiere su ordenamiento jurídico, entregado por el Gobierno de Su Majestad al país de origen del extraditable, donde fue por primera vez citado a declarar previo levantamiento de la inmunidad parlamentaria que la Constitución nacional le había conferido)¹⁴.

En cuarto lugar, las leyes de amnistía y las normas de prescripción en beneficio de responsables de los crímenes internacionales comprendidos en la competencia material de la Corte Penal Internacional, han sido declarados incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –primera vez a nivel mundial : Sentencia del año 2001 en el caso Barrios Altos (Perú)-, y, luego, en el mismo sentido se han pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina y la del Perú.

En quinto lugar, la constitución, por decisión del Consejo de Seguridad y en acuerdo con los Gobiernos concernidos, de Tribunales Mixtos en Camboya, Kosovo, Sierra Leona y Timor Oriental, encargados de juzgar crímenes contra los derechos humanos.

29. El Estatuto de Roma (1998) y la Corte Penal Internacional (2003) están llamados a desempeñar un papel clave en la vigencia y el desarrollo del Orden Público Internacional que emergió de la Segunda Guerra Mundial ; concluida la Guerra Fría, no había razón alguna para oponerse a la aprobación y creación respectivamente de aquéllos. En otros términos, el eficaz muro político que bloqueó el Derecho Penal Internacional y que la Guerra Fría permitió construir y mantener durante medio siglo desapareció en 1992. La competencia material otorgada a la Corte Penal Internacional tiene el efecto de reconfirmar determinadas normas constitutivas del actual Orden Público Internacional. En este orden de ideas, en virtud del principio de complementariedad que rige el nuevo Derecho Penal Internacional, y, en virtud del Estatuto de Roma mismo, la responsabilidad de administrar justicia frente a la comisión de determinados crímenes internacionales

¹² El informe fue elaborado por el jurista panameño Ricardo J. Alfaro y adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (1950) bajo la presidencia del jurista George Scelle.

¹³ Sobre este caso véase Lagos, J., *El caso Pinochet ante las Cortes británicas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

¹⁴ Recientemente las agencias de noticias dan cuenta que un juez español emitió una orden de arresto internacional de dos ex dictadores de Guatemala, entre ellos el general Enrique Rió Montt, acusado de genocidio. El otro es el general Oscar Humberto Mejía Víctores. El caso llegó a los tribunales españoles por una demanda presentada por la Premio Nobel, Rigoberta Menchú.

corresponde en primer a los Estados, los que podrán ejercitar la jurisdicción universal en virtud de normas convencionales y no-convencionales.

En efecto, el Estatuto de Roma establece que, en primera instancia, no le corresponde intervenir a la Corte Penal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de los crímenes internacionales bajo su competencia. Ella tiene un carácter complementario de la justicia nacional –que algunos llaman “subsidiario”- toda vez que “*es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*” (Preámbulo, pár. 7), y en consecuencia no podrá la CPI juzgar a quien está procesado o ya lo fue por la justicia nacional de un Estado competente. Empero, la CPI podrá hacerlo en ambas situaciones, paralizando o desconociendo lo actuado por la justicia nacional, si se produjera un juicio o una sentencia sin que se hubiera respetado el debido proceso. Un Estado competente puede además voluntariamente derivar un caso a la CPI. El Consejo de Seguridad podrá, de otro lado, remitir a la CPI cualquier tipo de crimen que esté bajo la competencia de aquélla, subordinando o desconociendo la acción jurisdiccional del Estado competente, incluso cuando el Estado no es Estado Parte en el tratado.

Una de las tareas que debe desarrollarse en cada Estado es la adecuación de sus normas penales a fin de que pueda su justicia nacional abocarse al juzgamiento de crímenes internacionales que eventualmente le conciernan.

30. Como se ha señalado precedentemente, el crimen de agresión está nominalmente bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, pero esta competencia no se hará efectiva mientras los Estados no aprueben una definición que se incorpore al tratado de acuerdo con el procedimiento previsto. Este hecho, sin embargo, no significa necesariamente la inexistencia de una norma no-convencional que declare la guerra de agresión como un crimen internacional susceptible de ser juzgado sea por la justicia nacional de los Estados habilitados según las reglas de la competencia penal¹⁵, sea por un Estado cualesquiera en virtud de la jurisdicción universal. Esto es aplicable igualmente al crimen de genocidio y de lesa humanidad.

En una situación análoga a la del crimen de agresión, se encuentra la utilización del arma nuclear, susceptible en el futuro de incluirse en la larga lista de crímenes de guerra.

31. La revisión de la tetralogía de crímenes internacionales susceptibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional nos lleva a preguntarnos por algunas omisiones. No se incluyó el crimen de terrorismo, dada la dificultad que su definición siempre entraña. Tampoco los relativos a la contaminación ambiental y preservación de la vida en general. Menos aún los relativos a responsabilidades frente a la suerte de millones de personas sumidas en la extrema pobreza con todas las secuelas que ésta acarrea. Cabe por ello concluir que una importante labor debe llevarse al cabo a fin de ampliar la lista de crímenes internacionales incluidos en el Estatuto de Roma, lo que supone una labor compleja desde diversas disciplinas y campos de acción institucional.

32. El desarrollo habido en el proceso de globalización de la justicia penal internacional y de los derechos humanos se ha perfeccionado en la nueva situación mundial que se configura luego de 1992. En el campo de los derechos humanos, debe mencionarse la realización de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), al término de la cual se aprobaron documentos –denominados Programa y Plan de Acción de Viena- que sintetizan los avances y marcan orientaciones para perfeccionar la defensa y promoción de los derechos humanos en todo el planeta.

33. Dos observaciones sin embargo deben hacerse sobre los alcances y límites de esta globalización de la justicia penal internacional.

¹⁵ Las reglas de la competencia penal de las leyes de un Estado establecen generalmente que un Estado, además de la competencia penal territorial (crímenes cometidos en su territorio), puede juzgar crímenes cometidos fuera de su territorio : *i*) cuando la víctima es nacional de ese Estado (competencia pasiva ; *ii*) cuando el perpetrador es nacional de ese Estado (competencia activa) ; *iii*) cuando afecta intereses de ese Estado, por ejemplo, la falsificación de moneda (competencia real o de defensa).

En primer lugar, que la incriminación se ha realizado respecto de la violación de ciertos derechos fundamentales tales como: (aa) la vida en sentido restringido : supone la prohibición de actos susceptibles de ser calificados tradicionalmente como asesinatos u homicidios- ; (bb) la integridad personal –prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes-; (cc) la libertad –prohibición de toda forma de privación arbitraria de la libertad- ; (dd) el debido proceso (derecho a la defensa, a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, etc.). El contenido incriminatorio de estas normas jurídicas internacionales no permite una defensa integral de los derechos humanos toda vez que no incluye como violación del derecho a la vida y de la integridad personal, la situación de extrema pobreza que con todas sus secuelas afecta el derecho a la vida y a la integridad personal y a la salud, ni tampoco la violación de derechos relativos a la protección del medio ambiente y preservación de la biodiversidad.

En segundo lugar, que, en determinadas situaciones de extrema gravedad en cuanto afectan los derechos fundamentales protegidos por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos,, importantes órganos de la comunidad internacional se han abstenido de pronunciarse, de intervenir o lo hacen tardíamente. Es el caso en particular el Consejo de Seguridad y la Comisión de Derechos Humanos en el marco de las Naciones Unidas, por ejemplo, frente a los trágicos eventos que tuvieron lugar en los territorios de la ex-Yugoslavia y de Ruanda. Ahora bien, aunque tardíamente, no deja de tener importancia la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* precitados. Para la creación de estos Tribunales, ambos organismos tuvieron un papel protagónico.

34. Para paliar esta ineficacia en relación a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se ha intentado una reforma del sistema universal de protección de los derechos humanos. A este efecto, recientemente se ha decidido desaparecer la Comisión de Derechos Humanos y reemplazarla por un Consejo de Derechos Humanos. Si bien es aún pronto para hacer un juicio definitivo, no traería esta reforma cambios sustantivos en la medida que la composición del nuevo órgano es también exclusivamente estatal¹⁶.

35. La post Guerra Fría, marcada por la existencia en solitario de una superpotencia militar, industrial y económica, ha comportado algunos cambios cuyos alcances son todavía difíciles de discernir, generando posibilidades pero también riesgos para la eficacia y desarrollo del nuevo Orden Público Internacional. En relación a éstos últimos, desde la superpotencia, por primera vez desde la fundación de la Organización de las Naciones Unidas se cuestiona su existencia y los mecanismos democráticos o de concertación que ella en algunas áreas y organismos ha institucionalizado. Se pretende justificar mediante la teoría de la “autodefensa preventiva” lo que constituye una guerra de agresión desencadenada en función de sus particulares intereses. Igualmente se ha pretendido justificar, bajo el pretexto de luchar contra el terrorismo, la práctica de la tortura y la violación de otras normas humanitarias constitutivas del Orden Público Internacional. Líderes políticos de la superpotencia son decididos partidarios de acabar con la Corte Penal Internacional¹⁷. Es necesario preguntarse si las tendencias contrarias al Orden Público Internacional que existen y predominan hoy en día al interior de la superpotencia expresan sólo intereses de corto plazo o un rediseño estratégico de las relaciones internacionales, así como de los principios e instituciones que emergieron luego de la Segunda Guerra Mundial. En cualquier caso, un estudio y evaluación cuidadosos de la nueva situación luego de 1992 y de la experiencia acumulada en el marco de las Naciones Unidas, debe conducir al diseño de reformas institucionales que permitan una mayor eficacia y el desarrollo del Orden Público Internacional.

¹⁶ Véase al respecto la Resolución 60/251, aprobada el 15 de marzo de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 2006/2, aprobada el 22 de marzo del mismo año por el Consejo Económico y Social.

¹⁷ “El senador Jesús Helms, Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, publicó en el Financial Times de Londres, en su edición del 31 de julio de 1998 (...) : ‘We must slay this monster’ (‘Tenemos que aniquilar este monstruo’). Para el senador Helms, los Estados Unidos deben intentar acabar con la Corte, e impedir que nazca, porque dicho Tribunal ‘pretende someter a juicio la política de seguridad de los Estados Unidos’.” Cf. Carrillo Salcedo (2000): p. 25.

C. Los Derechos Humanos y otras normas internacionales constitutivos del Nuevo Orden Público Internacional.

36. La cuestión de saber si los Derechos Humanos son, en el Derecho Internacional vigente, importantes pero prescindibles, debe responderse en el sentido que no sólo son importantes e imprescindibles sino esenciales, constitutivos del ordenamiento jurídico que rige la comunidad internacional. A continuación intentaremos sintetizar las características principales que definen el Orden Público Internacional y que, resultando vinculante para todos los Estados tiene indudable repercusión sobre el Derecho Constitucional de éstos y para el Derecho en general.

37. La Comunidad internacional :

(i) reconoce al ser humano como un sujeto del derecho internacional, con deberes y derechos fundamentales inderogables e irrenunciables, sin excepción alguna, instituyendo así una radical igualdad y dignidad entre los mismos, ;

(ii) declara como crímenes internacionales algunas de las violaciones más graves de esos derechos – llámense genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra-, incluyendo, bajo ciertas condiciones, el ejercicio de la jurisdicción universal por la justicia nacional de los Estados o la jurisdicción internacional ejercida por un organismo judicial supranacional ;

(iii) ilegaliza e incrimina la guerra de agresión, desapareciendo así una prerrogativa ejercida durante siglos por los Estados conocida como el *jus ad bellum* ; el monopolio de la fuerza en cierto modo y reside en las Naciones Unidas, si bien se aprecian frecuentemente arbitrariedades en su comportamiento ;

(iv) las normas jurídicas internacionales imperativas –*jus cogens*- que protegen determinados derechos e incriminan ciertos actos, se imponen a todos los Estados al margen de todo vínculo convencional ;

(v) ciertas normas imperativas o de *jus cogens* hacen justiciables a todos los individuos que perpetren ciertos crímenes internacionales, concluyendo la inmunidad -bajo ciertas condiciones- así como la impunidad internacionales que existió hasta 1945 ;

(vi) se reconoce también como sujeto internacional a los pueblos sin discriminación alguna, titulares del derecho a la autodeterminación, desarrollo, cultura, recursos naturales, y por tanto en última instancia titulares de la soberanía que ejercerán los Estados sobre un territorio determinado ;

(vii) se instituyen Sistemas de protección internacional de los derechos humanos –a nivel Universal en las Naciones Unidas, y a nivel regional en Europa, en las Américas y Caribe, y en Africa- y también Sistemas para la sanción penal internacional de las violaciones más graves, supervisando dichos Sistemas el comportamiento de los Estados respecto de las personas sujetas a su jurisdicción ; para la resolución de conflictos entre los Estados a nivel universal se instituye como órgano principal a la Corte Internacional de Justicia ;

(viii) la soberanía de los Estados y el papel de los Estados se reformula de modo que, siendo necesarios para el logro de la paz, el respeto y la promoción de los derechos fundamentales de la persona humana, la preservación del medio ambiente y de la biodiversidad, tienen una corresponsabilidad como parte de la comunidad internacional en la realización del Orden Público Internacional mediante la organización de su propio Orden Público nacional o interno que no puede erigirse al margen del anterior ;

(ix) las Naciones Unidas y, de acuerdo con su Carta, la OEA en tanto organismo regional, expresan no acuerdos precarios, siempre amenazados en el pasado por el fantasma de la guerra, sino el compromiso a

nivel universal y regional, respectivamente, de solidaridad y de cooperación para el logro del Orden Público Internacional, y,

(x) los Estados miembros de la OEA establecen como uno de sus principios “el ejercicio efectivo de la democracia representativa” y “los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (Carta de la OEA, art. 3, literales d y l).
(art. 3 d de su Carta).

II. LOS DERECHOS HUMANOS : SUS APORTES AL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Además de lo que hemos presentado en los párrafos precedente como elementos constitutivos del actual Orden Público Internacional que deben ser tenidos en consideración por el Derecho Constitucional, presentaremos seguidamente algunos elementos complementarios de carácter específico y propios del DIDH.

38. Los Derechos Humanos han pasado en la historia por diversas fases ; siguiendo a efectos explicativos lo expuesto por N. Bobbio (1968, 564), en una primera fase han de buscarse en las obras de los filósofos, constituyendo una propuesta para los legisladores futuros.

39. Estas teorías, segunda fase de la evolución, son acogidas por los legisladores nacionales, siendo entonces de mencionar las pioneras y famosas Declaraciones de los Estados Americanos y de la Revolución Francesa a fines del siglo XVIII, que preanuncian el paso de la teoría a la práctica, del Derecho pensado por los filósofos al Derecho realizado. Esta segunda fase dará entonces lugar a la plasmación de los Derechos Humanos generalmente bajo la denominación de Derechos fundamentales por las Constituciones de los Estados a lo largo del siglo XIX y hasta la actualidad. Pero en este paso, los derechos humanos pierden universalidad y se convierten en derechos otorgados por los Estados a sus ciudadanos, esto es, son derechos positivos en el ámbito de los Estados que los reconocen. El Derecho Constitucional da cuenta entonces de la evolución habida desde los derechos civiles y políticos en el siglo XIX, paradigma del Estado Democrático Liberal, hacia el reconocimiento de los derechos sociales en el curso del siglo XX, dando lugar al surgimiento de un nuevo paradigma, el del Estado Democrático Social.

40. Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos se inicia la fase en la que nos encontramos : los derechos son a la vez universales y reconocidos por normas jurídicas internacionales. Universales en cuanto los derechos reconocidos a determinadas categorías de personas naturales o grupos humanos por el derecho nacional, se convirtieron en los derechos de todo ser humano y de los pueblos sin discriminación alguna. Una ciudadanía universal se funda entonces, somos ciudadanos del mundo, pueblos del mundo, ciudadanos de una ciudad que no tiene fronteras. Un derecho cosmopolita está a la obra.

41. Los derechos humanos empero son históricos y productos de la civilización humana, surgen y se modulan gradualmente, se amplían en la medida que la toma de conciencia de los individuos o comunidades o colectivos humanos, o las necesidades del ser humano, confrontado a nuevos desafíos, requieren ser satisfechas para alcanzar su bienestar o asegurar incluso su sobrevivencia. La Declaración es un punto de partida hacia una meta progresiva, por definición es un proceso abierto.

42. La afirmación central que aporta la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene que ver con el carácter de los derechos proclamados. Éstos son inherentes a toda persona humana sin distinción alguna según dicen sus dos primeros artículos:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Art. 1),

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición” (Art. 2).

Dignidad e igualdad, prohibición de toda discriminación, son los pilares sobre los que se desarrollará el *corpus juris* de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

43. La relación entre la Democracia y los Derechos Humanos ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos:

“en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Caso Yatama, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 191).

44. En relación a los derechos denominados civiles y políticos o derechos de primera generación :

44.1. Existe un núcleo de derechos que deben ser respetados por los Estados en todo tiempo y lugar, aun en caso de que exista una situación de emergencia nacional o de conflicto armado. Estos son, sin ser exhaustivos, el derecho a la vida, a la integridad personal (prohibición de la tortura), a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre, al debido proceso y a las garantías judiciales necesarias para su protección (artículos 4 y 27, respectivamente del PIDCP y de la CADH, concurrentemente según corresponda es de aplicación el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949).

44.2. el debido proceso debe asegurarse en todo tipo de procedimiento, inclusive en aquéllos de carácter administrativo ;

44.3. la justicia militar debe circunscribirse a la protección de bienes jurídicos propios de los institutos correspondientes, no debiendo juzgar casos de violaciones de derechos humanos o de delitos comunes ;

44.4. las amnistías que puede otorgar el Estado no podrán comprender las graves violaciones de los derechos humanos, particularmente aquéllas que constituyen crímenes de genocidio o de lesa humanidad ;

44.5. los derechos de la mujer deben asegurarse sin discriminación alguna respecto de los hombres ;

45. En relación a los derechos económicos, sociales y culturales, denominados también de segunda generación :

45.1. La idea de unidad e interdependencia entre los derechos civiles y políticos con los DESC es aceptada internacionalmente por la comunidad internacional desde la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos –Teherán 1968- y ha sido reiterada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 32/130 (1977) en los siguientes términos :

“La plena consecución de los derechos civiles y políticos es imposible sin el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”

Veáse igualmente la Declaración de la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos –Viena 1993, párr. 5.

45.2. El desarrollo habido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha llevado al reconocimiento de los DESC como derechos exigibles y justiciables. Así, en el marco de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales que supervisa el cumplimiento por los Estados Parte del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales), en su Observación General No. 9 declaró :

“7. (...) varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (...).”

45.3. Como lo explica el Comité precitado, la progresividad en la realización de los DESC no significa que no sean exigibles incluso judicialmente ; además, precisará el Comité que esta progresividad no deberá impedir la consideración de las normas del Pacto como de aplicación inmediata (ibidem, numeral 11).

45.4. En el Sistema interamericano de derechos humanos, además del Protocolo de San Salvador sobre los DESC, deberá tenerse en consideración el artículo 26 de la CADH, toda vez que aquí se hace un reenvío hacia los artículos de la Carta de la OEA relativos a los DESC. Así mismo, deberá tenerse presente que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluyen detalladamente tanto los derechos civiles y políticos como los DESC. Algo semejante sucede con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

45.5. Los sujetos titulares de los DESC pueden ser los individuos pero también sujetos colectivos, como los sindicatos y los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (OIT, Convenio 169, adoptado en 1989 y en vigor desde 1991).

46. En cuanto a los derechos denominados de tercera generación –tales como el derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado- es conveniente tener en consideración que el Protocolo de San Salvador (1988/1999) establece en su artículo 11:

“1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos.”

“2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”

Así mismo, deberán tenerse en consideración diversas disposiciones del Convenio 169 de la OIT antes mencionada. Finalmente diversos instrumentos internacionales en el marco de las Naciones Unidas.

III. REFLEXIONES FINALES.

47. Luego de la Segunda Guerra Mundial se ha constituido un Orden Público Internacional sustancialmente diferente de aquél que emergió con la Era Moderna. Por primera vez en la historia de la humanidad, ésta se ha dotado de un sistema de valores universal expresado en normas jurídicas internacionales que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una nueva rama del Derecho Internacional. Entre los principios constitucionales del nuevo Orden Público Internacional deben ubicarse ciertamente los derechos humanos.

48. Desde 1945, en procesos vinculados pero diferentes, se ha producido finalmente lo que puede denominarse como la globalización de la justicia y de los derechos humanos, el “recentramiento” internacional de la razón de ser de los Estados y la modificación radical de la noción jurídica clásica de soberanía estatal.

49. El núcleo de derechos protegidos por normas imperativas –*jus cogens*- debiera reformularse a fin de incluir en una acepción menos restrictiva de la noción jurídica derecho a la vida, a la integridad personal, y a la libertad, otros derechos fundamentales conocidos como de carácter económico, social, cultural, medio ambientales en general. De este modo se abriría la vía para la penalización internacional correspondiente.

50. Podría plantearse la necesidad de compatibilizar los planes y programas de las entidades denominadas Organizaciones Intergubernamentales con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

51. Entidades llamadas a intervenir oportuna y eficazmente, tanto en las Naciones Unidas como en las instancias regionales, lo hacen tardíamente o imperfectamente. Su accionar es de gran importancia para la vigencia y desarrollo del Orden Público Internacional.

52. Los cambios habidos en las relaciones internacionales luego de 1992 al concluir la Guerra Fría, han llevado a que tendencias importantes en diversos países desarrollados cuestionen aspectos centrales del actual Orden Público Internacional. La unipolaridad no ha generado ciertamente un Orden Público Internacional a su medida. Empero, éste es una realidad dinámica susceptible de modificarse en un sentido u otro.

53. Luego de 1992, la comunidad internacional en general, salvo excepciones notables, ha establecido con una nitidez no existente en los años previos, consensos sobre la no tolerancia de regímenes dictatoriales, y la necesidad de que los regímenes políticos se modelen en base a la noción de Democracia política desarrollada en países occidentales. También se ha impuesto la liberalización de la economía, con grandes asimetrías o inequidades, como condición para producir intercambios comerciales. Igualmente, desde ciertas entidades como el FMI se ha monitoreado con "eficacia" en muchos países un nuevo concepto sobre el papel del Estado en la economía y en la satisfacción de las necesidades básicas de la población.

54. La sociedad civil a través entidades tales como las ONGs internacionales y nacionales, ha tenido un papel fundamental y creciente en lo que denominamos la globalización de la justicia y de los derechos humanos. Su gravitación se ha incrementado con el aporte proveniente de cristianos –católicos y evangélicos. La existencia de una ética pública a escala nacional e internacional, así como de normas jurídicas internacionales y nacionales sobre justicia y derechos humanos debe ser tenida debidamente en consideración para proyectos de largo plazo. Se requiere empero de plataformas institucionales adecuadas y estrategias de largo plazo para el logro de las reformas y desarrollos que atañen el Orden Público Internacional, en la perspectiva de que el bienestar, la solidaridad, y la realización de personas y pueblos pueda mejorarse sustancialmente.

Lima, 21 de marzo de 2007.

José A. Burneo Labrín
E-mail : jburneo@pucp.edu.pe

DEFINICIONES OPERATIVAS Y GLOSARIO DE ALGUNOS TÉRMINOS UTILIZADOS.

1. *Derecho Penal Internacional –o Derecho Internacional Penal-* : conjunto de normas internacionales (de origen convencional y no-convencional) que incriminan ciertos actos en tanto *crímenes internacionales* – puede decirse igualmente *delitos internacionales-*; estas normas sancionan con una pena a los individuos responsables de tales actos, y regulan el régimen jurídico aplicable a estos crímenes. Las normas de origen convencional obligan únicamente a los Estados Parte en el tratado ; las no-convencionales

denominadas imperativas de derecho internacional general¹⁸, o de *jus cogens*, se imponen a los Estados – y a sus ciudadanos- al margen de todo vínculo convencional, como es el caso de la prohibición y sanción penal del delito de genocidio.

2. *Estatuto de Roma* : Tratado aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, al término de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Votaron a favor 120 (ciento veinte) Estados ; en contra, 7 (siete), y, se abstuvieron, 21 (veintiuno). Crea la Corte Penal Internacional y califica cuatro tipos de crímenes o delitos internacionales, a saber : genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, y, finalmente, el crimen de agresión. Este último, al no haber sido definido en el Tratado, no puede ser materia de un juicio ante la CPI. El Tratado obliga sólo a los Estado Parte, cuyo número es actualmente de 100 (cien).
3. *Corte Penal Internacional* : institución jurisdiccional penal permanente creada por el Estatuto de Roma ; su competencia material (*ratione materiae*) está limitada a los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, a condición de que se cometan luego de la entrada en vigor del Estatuto, lo que ocurrió el 1ro de julio de 2002. La CPI se instaló el año 2003 y tiene su sede en La Haya. Impone sanciones penales únicamente a los individuos, incluida la cadena perpetua –revisable a los 25 años.
4. *Crimen de genocidio* (según el Estatuto de Roma) : se retoma la definición realizada en la Convención sobre genocidio, aprobada por las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. La definición incluye cuatro grupos protegidos, a saber : nacional, étnico, racial y religioso ; no incluye a los grupos políticos –por tanto, no existe convencionalmente el genocidio político.
5. *Crimen de lesa humanidad* : ciertos actos pueden ser así calificados sólo si cumplen al mismo tiempo los siguientes tres requisitos :
 - i) son realizados contra la población civil,
 - ii) son parte de un ataque generalizado o sistemático,
 - iii) el perpetrador es un funcionario estatal, o un civil que actúa bajo el control del Estado o con su aquiescencia, o un “subversivo” o miembro de un grupo organizado aun cuando sea un grupo opositor o no tenga relación alguna con un Estado.

Entre los actos incriminados podemos citar : desaparición forzada de personas, asesinatos o ejecuciones arbitrarias, tortura, violencia sexual.

6. *Crímenes de guerra* : determinados actos cometidos durante
 - un Conflicto Armado Interno (CAI) -el conflicto armado es entre las Fuerzas Armadas de dos o más Estados-, o
 - un Conflicto Armado No Internacional (CANI) -el conflicto armado puede ser entre las Fuerzas del orden de un Estado y un grupo organizado, o entre dos o más grupos organizados.

Los actos incriminados son, *inter alia* : matar al enemigo rendido o detenido, secuestrar o tomar como rehenes a la población civil, asesinar a la población civil, torturar, abusar sexualmente.

La muerte del enemigo ocurrida en combate no es un crimen de guerra durante un CAI y por tanto no puede ser sancionada penalmente por la justicia nacional ni tampoco por la justicia internacional ; pero si ocurre durante un CANI, el Estado aplicará su legislación penal y podrá entonces sancionar penalmente al responsable.

¹⁸ Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) : “Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter.”

7. *Prisionero de guerra* : estatuto reservado al enemigo detenido durante un CAI, estando protegido por normas internacionales. Los detenidos durante un CANI son detenidos sometidos al régimen común del Estado –no son jurídicamente prisioneros de guerra.
8. *Derecho Internacional Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados* (antes llamado *Derecho de la Guerra*, expresión aún utilizada) : conjunto de normas (convencionales y no-convencionales) que regulan las acciones armadas durante un CAI o un CANI. El Estado y los grupos no-estatales no tienen la potestad de causar daños sin limitación alguna al enemigo y deben respetar los derechos de la población civil. La primera gran codificación –elaboración de tratados puesto que antes en general sólo existían imprecisas normas consuetudinarias- se produjo entre los años 1899 y 1907. La segunda, se produjo el año 1949, cuando los Estados reunidos en Ginebra adoptaron las cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, las que fueron luego perfeccionadas en 1977 mediante dos Protocolos Adicionales, el primero aplicable sólo a los CAI, y el segundo aplicable sólo a los CANI.
9. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* : conjunto de normas internacionales (convencionales y no-convencionales) que reconocen determinados derechos a los individuos o grupos humanos sin discriminación alguna. Estos derechos así reconocidos por el Derecho Internacional son, siguiendo a H. Faúndez (2004, 2), prerrogativas que todo ser humano tiene “frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos -aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas-, no siendo un tratado, no obliga jurídicamente a los Estados, pero los derechos que ella enuncia devinieron en : (aa) de manera inmediata, en el contenido de la expresión “*derechos humanos*” utilizada por la Carta¹⁹ de la ONU (1945) ; (bb) en normas consuetudinarias paulatinamente así aceptadas por la comunidad internacional en general ; (cc) un grupo de los derechos que enuncia han sido reconocidos desde la década de 1970, por la comunidad internacional en su conjunto, como normas imperativas (*jus cogens*) que obligan –se imponen- a todos los Estados al margen de cualquier vínculo convencional. Este grupo de derechos se refieren, *inter alia*, al derecho a la vida, a la integridad personal, al debido proceso, a la prohibición de la esclavitud.

Como rama del Derecho Internacional Público adquiere consistencia recién con la aprobación el año 1966, por las Naciones Unidas, de los dos primeros tratados universales de derechos humanos : Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –ambos entraron en vigor el año 1977.

En las Naciones Unidas existe lo que se conoce como el Sistema Universal de los Derechos Humanos, en base a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados que se han ido aprobando. No existe una Corte o Tribunal internacional mundial de Derechos Humanos.

A nivel regional, con distintos grados de desarrollo, existen tres sistemas autónomos: (aa) el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el cual tiene una Corte Europea de Derechos Humanos que aplica centralmente la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) ; (bb) el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual consta de una Comisión y una Corte interamericanas de Derechos Humanos, entidades que aplican centralmente la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) ; (cc) el Sistema Africano de Derechos Humanos, el cual consta de una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual aplica centralmente la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (****).

¹⁹ La Carta (1945) de la ONU establece en su primer artículo como uno sus propósitos “*el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*” (1,3).

10. *Jurisdicción universal* : el derecho internacional autoriza a la justicia nacional de un Estado cualesquiera, en virtud de normas convencionales y no-convencionales reconocidas como de *jus cogens*, a sancionar penalmente a los responsables de los crímenes internacionales a que se refieren dichas normas, aún cuando el Estado en cuestión no tengan ningún vínculo directo con dicho crimen²⁰.
11. *Orden Público Internacional* : conjunto o sistema de reglas jurídicas y éticas que rigen las relaciones entre las entidades o sujetos de derecho internacional, delimitando sus potestades y obligaciones. Está íntimamente vinculado a la legalidad internacional vigente y a la ética pública imperante.

²⁰ La jurisdicción universal es una facultad en virtud de la cual un Estado cualesquiera juzga a presuntos responsables de un crimen internacional, sin tener vínculo alguno con el crimen internacional materia del proceso penal, es decir : i) que el crimen se cometió sobre el territorio de otro Estado, ii) que la víctima es extranjera, iii) que el presunto perpetrador es extranjero.