

# EFFECTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES POR LA EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Comentarios a la Opinión Consultiva OC-14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 9 de diciembre de 1994

Carolina LOAYZA  
Nicolás DE PIÉROLA

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. 2. RÉGIMEN LEGAL PERUANO. 2.1. *Constitución Peruana de 1979*. 2.2. *Constitución peruana de 1993*. 2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3. LA RESPUESTA INTERNACIONAL. 4. MATERIA DE LA OPINIÓN CONSULTIVA. 5. OPINIÓN DE LA CORTE. 5.1. *Consideraciones de la Corte sobre su función consultiva*. 5.1.1. *Respecto a su labor interpretativa*. 5.1.2. *Respecto a su competencia racione materiae*. 5.2. *Cuestión previa: Admisibilidad de la Opinión Consultiva*. 5.3. Fondo. 5.3.1. *Ley contraria a la obligación convencional asumida por un Estado*. 5.3.2. *Responsabilidad Internacional Personal por violación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 5.3.2.1 *Jurisdicción Ratione Loci*. 5.3.2.2. *El Tribunal Internacional de Nüremberg*. 5.3.2.3. *Los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda*. 5.3.2.4. *Responsabilidad Internacional del Individuo por violación de los derechos protegidos por la Convención Americana*. 6. CONCLUSIONES.

## 1. ANTECEDENTES

El 5 de abril de 1992, el Presidente Alberto Fujimori, "disolvió" el Congreso de la República del Perú e intervino el Poder Judicial, cesando a numerosos jueces y fiscales. Estos hechos fueron rechazados por los países miembros de la Organización de Estados Americanos por ser violatorios del sistema democrático de gobierno. Como salida política a esta situación, el Presidente Fujimori, en la reunión convocada por el Consejo de Ministros de Relaciones

Exteriores de la OEA que se celebró en mayo de 1992 en las Bahamas, asumió el compromiso del retorno a la democracia en el país. Para ello, entre otras medidas, convocó a elecciones para elegir a los miembros del "Congreso Constituyente Democrático" (CCD) el que tendría, además de la función propia del Poder Legislativo, la de redactar un nuevo texto constitucional para reemplazar la Constitución Política de 1979.

En el curso de sus actividades, el CCD recibió insistentes pedidos para ampliar las causales de la pena de muerte en el Perú en el caso de delitos de terrorismo y de traición a la Patria y otros delitos graves<sup>1</sup>. Una de las razones que se expuso para fundamentar este pedido fue "hay que matar a todos los terroristas para acabar de una vez con tanta violencia"<sup>2</sup>. Resulta evidente que el hecho de haber venido sufriendo la insanía terrorista, fue el origen de tan emotivo pedido o propuesta.

La pena de muerte es una sanción que se ha aplicado desde tiempos muy remotos y continúa aplicándose en algunos países<sup>3</sup>, aunque en los dos últimos siglos ha surgido con fuerza una corriente abolicionista, que tiene en el Marqués de Beccaria a uno de sus más importantes precursores<sup>4</sup>.

1. NO A LA PENA DE MUERTE. Podría ser uno de los tuyos. ¡NO MATARAS! Coordinación de Pastoral de Dignidad Humana de Lima, Callao, Lima, Mayo 1993, pág. 3.

2. *Ibid.*

3. Según informe de Amnistía Internacional, en la actualidad 35 Estados han abolido la pena de muerte para todos los delitos; 18 países sólo la mantienen para delitos excepcionales, como ciertos delitos en tiempo de conflicto armado. Otros 27 estados y territorios no llevan a cabo ejecuciones. Es decir, aproximadamente 80 países –más del 40% del todos los del mundo– han abolido la pena de muerte o no la aplican en la práctica.

4. El Marqués de Beccaria a través de su obra *De los Delitos y de las penas*, publicada en 1764, coadyuvó a que las penas se humanizaran. Asimismo, a que la tortura, la mutilación, la castración y otras penas similares fueran abandonadas y, que la pena de muerte se aplicara cada vez menos frecuentemente hasta casi desaparecer. Esta tendencia abolicionista se manifiesta en la celebración de tratados. El 8 de Junio de 1990, se aprobó en Asunción, Paraguay, el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos* relativo a la abolición a la pena de muerte, teniendo únicamente como estados signatarios a Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela, de los cuales sólo han ratificado dicho instrumento, Panamá y Venezuela el 28 de agosto de 1991 y el 6 de octubre de 1993, respectivamente. En el seno de Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1989, la Asamblea General aprobó el *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, destinado a abolir la pena de muerte, por 59 votos contra 26 y 48 abstenciones. El citado instrumento requiere de 10 ratificaciones y/o adhesiones para su entrada en vigor, los que aún no se ha producido.

La tendencia abolicionista ha sido explicada por Fernando de Trazegnies en el horror a la muerte que siente el hombre moderno, al afirmar

todos somos abolicionistas. Aún los partidarios de la pena de muerte –salvo casos excepcionales– tienen la tendencia a pensar de esta manera: "La pena de muerte es indispensable para mantener la salud social. Pero que la apliquen otros. Yo solo quiero enterarme por periódico ..." <sup>5</sup>

Si bien a la fecha no se ha logrado la abolición definitiva de la pena de muerte en todos los Estados, las normas internacionales –en materia de derechos humanos– han establecido las siguientes condiciones para su aplicación<sup>6</sup>:

— Sólo podrá ser aplicada por "los delitos más graves", es decir, aquellos con consecuencias mortales o extremadamente graves.

— Sólo podrá ser aplicada observándose las debidas garantías judiciales; en consecuencia: i) la pena de muerte solo puede ser aplicada de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de comisión de los hechos materia de juzgamiento, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; ii) se debe respetar el derecho de toda persona condenada a muerte a apelar ante un tribunal de jurisdicción superior; y, iii) sólo puede ser aplicada en cumplimiento de sentencia definitiva de tribunal competente.

— Se prohíbe aplicar la pena de muerte a menores de edad y a mujeres en estado de gravidez.

— Se debe respetar el derecho de toda persona condenada a pena de muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena.

— No se extenderá su aplicación a los delitos por los cuales no se aplique actualmente<sup>7</sup>.

— No se aplicará por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

— No se aplicará a personas mayores de setenta años.

Si bien nos hemos referido a la pena de muerte en las líneas anteriores, la discusión que sobre la aplicación de esta pena existe, no será materia del pre-

5. TRAZEGNIES, Fernando de: *Reflexiones sobre la Pena de Muerte*, Debate, Lima, Setiembre 1983, N° 22, pág. 55.

6. Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *inter alia*.

7. Teniendo en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contiene tal disposición, el Perú estaría impedido de ampliar las causales de pena de muerte.

sente trabajo, salvo en lo que sea necesario para determinar la relación entre los efectos jurídicos de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano en esa materia y la legislación interna peruana.

## 2. REGIMEN LEGAL PERUANO

La Constitución de 1993 ha consagrado que los tratados celebrados por el Perú y en vigor, forman parte del derecho peruano<sup>8</sup>; en tal sentido, cualquier estudio que se realice sobre la pena de muerte en el Perú, debe contemplar ambos sistemas de normas: las internas que tienen su origen en los órganos del Estado peruano, y las internacionales, específicamente los tratados respecto de los cuales nuestro país ha expresado su consentimiento en obligarse a través de la ratificación, adhesión o cualquier otra forma prevista en el tratado, y se encuentren vigentes.

### 2.1. Constitución peruana de 1979

La Constitución de 1979 (1979-1992), en su artículo 235, disponía:

*No hay pena de muerte sino por traición a la patria en caso de guerra exterior.*

La norma constitucional citada, si bien aceptaba la pena de muerte, lo hacía de manera excepcional y restringida al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, fundándose en la gravedad del delito que pone en peligro la vida misma de la nación. Dicha Constitución de 1979, en relación al régimen legal anterior, redujo las causales de pena de muerte en el Perú<sup>9</sup>.

8. Véase artículo 55 de la Constitución de 1993. La Constitución peruana 1979 consagró similar regla en el artículo 101.

9. La Constitución peruana de 1933 en su artículo 54 establecía la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y de homicidio calificados, y para todos aquellos que señale la ley. El Decreto Ley 10976 de 25 de marzo de 1949, modificatorio del Código Penal de 1924, estableció la pena de muerte para los delitos de homicidio del ascendiente, descendiente o cónyuge, al que mata por ferocidad, lucro o perfidia o con gran crueldad o con veneno y asimismo cuando se emplee un medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas; para el que practique acto dirigido a someter a la República en su totalidad o en parte a la dominación extranjera o a hacer independiente a una parte de la misma o al peruano que en el curso de una guerra, tome armas contra la República, se aliste en el ejército enemigo o le prestara cualquier ayuda o socorro. La Ley N° 12346 estableció la pena de muerte en caso de sustracción de menores para

En opinión de Enrique Chirinos Soto expresada en su obra "La Nueva Constitución al alcance de todos"<sup>10</sup>, la pena de muerte carece de legitimidad y de utilidad, porque "la vida como don de Dios, sólo puede ser quitada por Dios" y porque "la experiencia ha demostrado que no disminuye la delincuencia".

Tal como señala Chirinos Soto, la tendencia mayoritaria entre los constituyentes de 1978 se inclinó por el abolicionismo en materia de pena de muerte, con excepción del Partido Popular Cristiano y el FRENATRACA<sup>11</sup>. Sin embargo, agrega Chirinos, no hubo inconveniente en acceder al "patriótico reclamo de Fernando León de Viviero, en orden de reservarla para el delito de traición a la Patria, cometido en guerra exterior"<sup>12 13</sup>.

explotación o pedir rescate y se produzca la muerte del menor; para aplicar la pena de muerte se requería la unanimidad de votos. Por Ley N° 15590 se estableció la pena de muerte por delito de traición a la patria. Mediante Decreto Ley N° 17388 de enero de 1969 se extendió la pena de muerte a los autores de delitos en determinadas condiciones de rapto, contra el honor y la libertad sexual de menores y por asalto a mano armada. El D.L. N° 18968 de 21 de setiembre de 1971 modificó los artículos 151 y 152 del Código Penal, estableciendo la pena de muerte sólo en los casos de traición a la patria, rapto o sustracción de menor con provocación de muerte, excluyendo los demás casos contemplados en el D.L. N° 15590, para los que se fijaba la privación de la libertad. El D.L. N° 19049 estableció la pena de muerte a quienes causaran la muerte de personas mediante explosivos o bombas, o le causaren heridas o daños graves. El D.L. N° 19910 de 30 de enero de 1973 estableció la pena de muerte para los que a sabiendas mataran por ferocidad o lucro, para facilitar u ocultar otro delito, con crueldad o por veneno o por fuego, explosivos u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. Por D.L. N° 20583 de 9 de abril de 1974 se estableció la pena de muerte para quienes hicieran sufrir el acto sexual o análogo a un menor de siete años de edad. Mediante D.L. N° 20878 de 3 de diciembre de 1974 se permitió la aplicación de la pena de muerte en los casos de atentados contra personas por fines políticos.

10. Editorial Andina, Lima, 1980, pág.275.

11. Frente Nacional de trabajadores y campesinos, liderado por Róger Cáceres.

12. *Ibid.*

13. En aplicación de esta norma constitucional, el artículo 79 del Código de Justicia Militar (Decreto Ley 23214), estableció la pena de muerte para determinados casos tipificados de Traición a la Patria. Sea advierte que el artículo 79 mencionado, no hace las salvedades a que se refieren el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que prohíben la aplicación de la pena de muerte a menores de edad, a mujeres gestantes, a personas mayores de 70 años, etc. Sin embargo, como quiera que estas normas internacionales tienen plena fuerza legal en el Perú, por ser tratados ratificados por la República, y en vigor, los Tribunales Militares deberán aplicarlos en cualquier eventual caso que se les presente.

## 2.2. Constitución peruana de 1993

Esta Constitución, redactada por el CCD en 1993, entró en vigencia el 1 de enero de 1994 luego de ser aprobada mediante referéndum nacional.

Su artículo 140 dispone:

La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

La simple lectura de esta norma permite constatar que amplía las causales de aplicación la pena de muerte en el Perú, antes solo aplicable al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, para disponer su aplicación en los casos de:

- traición a la patria en caso de guerra; y,
- terrorismo.

La Constitución de 1979 permitía la aplicación de la pena de muerte por el delito de traición a la patria, siempre que fuese cometido en el curso de una *guerra exterior*; al eliminarse en la nueva Constitución el término "*exterior*", podría ser aplicado a toda situación de *guerra* y no solamente a la *exterior*.

Al usar nuestra Constitución vigente el término *guerra*, está refiriéndose indebidamente a un hecho prohibido, no sólo por la Carta de Naciones Unidas, sino también por el Derecho Internacional General (Consuetudinario)<sup>14</sup>.

14. La terminología usada en la redacción de este artículo no sólo es anacrónica sino contraria al derecho internacional. En efecto, hasta el siglo XIX y aún hasta los primeros años del siglo XX, se admitía la guerra –enfrentamiento armado entre dos o más Estados–, como recurso de la política exterior de los Estados. Sin embargo hoy, la guerra –el uso de la fuerza armada y aún la amenaza del uso de la fuerza armada–, está prohibido por el Derecho Internacional (Artículo 2 (5) de la Carta de Naciones Unidas), y su ejercicio constituye un crimen internacional, es decir, la violación por un Estado de una obligación internacional esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional. Para Dupuy, “el crimen internacional no es otra cosa que la violación, excluido el campo contractual, de una norma de *ius cogens*”. ACOSTA ESTÉVEZ, José B.: “Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”, en: *Anuario de Derecho Internacional Público*, XI, 1995, Servicio de Publicaciones de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, pág. 15. Tal como señala Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, en su obra *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, pág. 108, “Hace nada más que seis décadas el empleo de la fuerza por los Estados [la guerra] era lícito: la fuerza armada era descrita como un recurso de última instancia que los Estados podían utilizar a su discreción como medio de

Sabemos que, pese a la proscripción de la guerra, la violencia armada ha subsistido, adoptando nuevas formas, comprendiendo a nuevos actores y manifestándose ya no solo en las fronteras entre los Estados sino en sus propios territorios. Todas estas situaciones han sido calificadas por el derecho internacional humanitario como conflictos armados. Por ello es recomendable que nuestra Constitución sea modificada para utilizar la expresión de *conflicto armado* y eliminar el término de *guerra*, hoy prohibido y repudiado por el derecho internacional.

Si asimilamos el término *guerra* al de *conflicto armado*, tendremos que éste puede ser internacional o interno. En consecuencia, la Constitución de 1993 estaría comprendiendo no sólo a los conflictos armados *internacionales* sino también a los conflictos armados *internos*, lo que supone ampliar la causal de pena de muerte a que se refiere la Constitución de 1979, en contravención de sus obligaciones internacionales como veremos más adelante.

solución de controversias o para alcanzar otros fines en apoyo de su diplomacia. Es recién a fines del siglo pasado que los Estados empezaron a buscar nuevas formas de solución de controversias distintas a la guerra, y codificaron las llamadas leyes de la guerra *-ius in bello-* estableciendo límites a los medios y métodos de combate para mitigar los males de la *guerra* (Conferencias de la Haya de 1899 y 1907). Fué en el Pacto de la Liga de Naciones o Sociedad de Naciones (1919) que, por primera vez, se introdujo limitaciones al derecho de los Estados a recurrir a la *guerra*, produciéndose la primera condena a ella como recurso para la solución de controversias en el Pacto Briand Kellog (1928), en el cual los Estados renunciaron a la *guerra* como instrumento de política nacional en sus mutuas relaciones. Sin embargo, “como estos instrumentos sólo prohibían el recurso de la guerra, se sostuvo en el período entre las dos guerras mundiales que las medidas coercitivas que no alcanzaran a configurar un estado de guerra, aún si asumieran grandes proporciones eran lícitos siempre que los participantes declinaran la intención de instituir formalmente el estado de guerra entre ellos (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Ob.cit.* pág. 108-109). Sin embargo, el Tribunal de Nüremberg sentó jurisprudencia al señalar que “la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional involucra necesariamente la proposición de que dicha guerra es ilícita en el derecho internacional; y que aquellos que planeen y hagan una guerra tal, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un delito al hacerlo: (citado por H. KELSEN, “Principios de Derecho Internacional Público, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág 119, n. 28). Con este mismo criterio, la Carta de Naciones Unidas, al prohibir la amenaza y el uso de la fuerza *-armada-* en las relaciones entre sus Estados miembros descarta el término *guerra*, y constituye el punto de partida de una nueva etapa del derecho internacional que tiene como premisa la solución pacífica de las controversias entre los Estados.

### 2.3. *Convención americana sobre derechos humanos*

El derecho a la vida es un derecho fundamental de toda persona, y así ha sido reconocido y consagrado en instrumentos universales y regionales, específicamente en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La citada norma, en su párrafo segundo, limita la capacidad de los Estados partes para la aplicación de la pena de muerte:

#### Artículo 4

(...)

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

En virtud de la norma transcrita, los Estados partes, como es el caso de nuestro país<sup>15</sup>, se han comprometido y obligado a no extender la aplicación de la pena de muerte a los delitos a los cuales no se la aplique actualmente. El artículo 140 de la Constitución peruana de 1993, al extender la pena de muerte a supuestos no contemplados en la legislación peruana anteriormente vigente<sup>16</sup> se encuentra en abierta contradicción con la norma internacional citada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de que un Estado aplique la pena de muerte por delitos para los cuales no estuviese anteriormente contemplada en su legislación interna<sup>17</sup>. Al respecto, la Corte ha dicho:

... la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte

15. El Perú es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978 fecha del depósito de instrumento de ratificación. Por Decreto Ley N°. 2231 de 11 de julio de 1978 fue aprobada la Convención que fuera suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 en la Secretaría de la OEA.

16. El artículo 235 de la Constitución de 1979 era la norma vigente anterior sobre la materia.

17. La Corte Interamericana sobre Derechos se pronunció en ejercicio de su competencia consultiva establecida en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna ...<sup>18</sup>.

### 3. LA RESPUESTA INTERNACIONAL

La Comisión Interamericana de Derechos<sup>19</sup> —en adelante la Comisión—, en su Informe Anual de 1993 sobre el Perú, señaló que la última parte del nuevo artículo constitucional que expresa que la pena de muerte se aplicará conforme a "los tratados de los que el Perú es parte obligada", es imposible de armonizar con lo que establece el artículo 4 de la Convención Americana sobre

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de Setiembre de 1983 "Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Parte Resolutiva, pág. 44.

19. Artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c. preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f. actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también tiene competencia respecto de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero miembros de la Organización de los Estados Americanos, de conformidad con el artículo 111 con la Carta de la OEA.

Derechos Humanos<sup>20</sup>. Agregó que la ampliación de la causales de pena de muerte, es

... aún más grave si se tiene en cuenta que numerosos casos de terrorismo y de traición a la patria se resuelven mediante juicios sumárisimos, y por esta razón existe la posibilidad de que se cometan errores judiciales irreparables y se prive del derecho a la vida a personas inocentes<sup>21</sup>.

Si bien la Comisión considera que

es explicable que a la mayoría de los miembros del Congreso Constituyente Democrático, como respuesta emocional a la violencia y terror que en la actualidad afecta a la sociedad peruana, les parezca justificada la aplicación de la pena de muerte en los casos de terrorismo... es discutible su eficacia como medio disuasivo para terminar con el terrorismo<sup>22</sup>.

En base a lo antes expuesto, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante la Corte–, la Opinión Consultiva, que es materia de comentario en el presente trabajo.

#### 4. MATERIA DE LA OPINIÓN CONSULTIVA

El 8 de noviembre de 1993, la Comisión, de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención<sup>23</sup>, sometió a la Corte una solicitud de opinión consultiva en los siguientes términos.

1. Cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, [ ]

20. CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Secretaría General, OEA, Washington D.C., 1994, pág. 543.

21. CIDH. Ob.cit. pág. 544.

22. *Ibidem*.

23. Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

¿cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?

2. Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, [ ] ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

La Corte debía pronunciarse sobre los efectos jurídicos de la norma interna manifiestamente violatoria de la Convención desde el punto de vista del derecho internacional y, sobre la responsabilidad internacional personal de los agentes y funcionarios del Estado que pongan en ejecución tal norma.

## 5. OPINIÓN DE LA CORTE

La Corte, antes de entrar al fondo de los asuntos planteados por la Comisión, estableció algunos criterios generales respecto a su labor interpretativa en la realización de su función consultiva, distinguiéndola de su función contenciosa.

### 5.1. *Consideraciones de la Corte sobre su función consultiva*

Para la Corte, su función consultiva "es de naturaleza permisiva", es decir, facultativa. Esto significa que la Corte puede apreciar las circunstancias en que se basa la petición de opinión consultiva para emitirla o no<sup>24</sup>. La función consultiva tiene como fin coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que, en ese ámbito, tienen los distintos órganos de la OEA<sup>25</sup>. Ciertamente, las Opiniones Consultivas no resuelven casos litigiosos, sino que establecen criterios de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos

24. La Corte IDH, ha señalado que la función consultiva "... comporta el poder apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que la lleven a no dar una respuesta", en: OC-1/82 "Otros Tratados" del 24 de setiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 28.

25. *Ibid.* párr. 25.

Humanos y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos<sup>26</sup>.

#### 5.1.1. *Respecto a su labor interpretativa*

En la Opinión Consultiva que comentamos, la Corte ha afirmado que la labor interpretativa que debe cumplir en el ejercicio de su competencia consultiva

no sólo debe desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia <sup>27</sup>.

Es en esta perspectiva que los Estados partes en la Convención deben valorar las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### 5.1.2. *Respecto a su competencia ratione materiae*

Las solicitudes de opinión consultiva a la Corte IDH, no pueden contener cuestiones académicas o ser asuntos abstractos, eventualidades teóricas que pueden surgir en el proceso de aplicación de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]<sup>28</sup>, o que conduzcan a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte o, en general, a debilitar o alterar el sistema, de manera que puedan

26. La Corte IDH en una Opinión Consultiva solicitada por el Perú, en relación a la expresión "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos", dijo: "*la competencia consultiva puede ejercerse sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cual sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del tratado, Estados ajenos al sistema interamericano*". Ibidem. Véase PIÉROLA, Nicolás de, y LOAYZA, Carolina: "Competencias de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos", en *Gaceta Jurídica*, N° 1 Año 1994, págs. 55-60.

27. Corte IDH. OC-14, Serie A, párr. 23.

28. Argumento de los Gobiernos de Argentina y del Uruguay al solicitar Opinión Consultiva a la Corte, en: OC-13/93 de 16 de julio de 1993 "Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", párr. 4. Véase también OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", párrs. 16, 17.

verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos<sup>29</sup>. Ello no significa que la Corte no pueda emitir una opinión consultiva a solicitud de la Comisión cuando un asunto esté pendiente ante ella

simplemente porque uno o más gobiernos se encuentran involucrados en una disputa con la Comisión sobre la interpretación de una disposición de la Convención (ya que, si así fuese), muy rara vez ésta podría valerse de la competencia consultiva de la Corte<sup>30</sup>.

Lo importante en el criterio expuesto por la Corte es evitar que se desvirtúe el sistema de la Convención, buscando una solución encubierta en perjuicio de las víctimas<sup>31</sup>.

Confirmando estos argumentos expuestos por la Corte en anteriores oportunidades, en la opinión consultiva que comentamos, señaló:

...la exigencia que contienen los artículos 51.1 y 51.2 del Reglamento –de la Corte– de que la solicitud debe indicar las consideraciones que originan la consulta, debe ser interpretada en el sentido de que no serían admisibles solicitudes que plantearan cuestiones académicas que no cumplieran con la finalidad de la función de la Corte ...[lo que] No significa que se puedan presentar como solicitudes de opinión consultiva casos contenciosos encubiertos ni que la Corte deba analizar y resolver sobre las consideraciones que originan la consulta, sino que debe valorar si la cuestión planteada se encuentra vinculada con los propósitos de la Convención ...<sup>32</sup>.

... el hecho de que exista entre la Comisión y el Gobierno una controversia sobre el significado –y agrega ahora, la aplicación– de una determinada

29. Corte IDH OC-1/82, párr. 31; OC-13/93 párr. 15. En una solicitud de Opinión Consultiva formulada por un Estado, la Corte decidió no responder, sobre la base que la Comisión tenía bajo su consideración varios casos contra el Estado solicitante y ..."una respuesta a las preguntas ... podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración por la Corte, sin que las víctimas tengan la oportunidad en el proceso, distorsionaría el Sistema de la Convención"; OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, párr.29, citado también en OC-13/93, párr.18.

30. Corte IDH. OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, párr. 38; OC-13/93, párr.19.

31. Ibid.

32. Corte IDH. OC-14/94, párr.27.

norma de la Convención "no es suficiente fundamento para que la Corte se abstenga de ejercer su competencia *consultiva*"<sup>33</sup>.

... De manera que, si la Comisión considera que la reforma de la Constitución peruana puede representar una violación manifiesta de las obligaciones de ese Estado frente a la Convención, puede utilizar esa circunstancia como fundamento de una solicitud de opinión que tenga carácter general<sup>34</sup>.

Sin embargo, la Corte consideró que,

Lo que no puede hacer es buscar que un caso contencioso bajo su consideración sea resuelto por la Corte a través de la competencia consultiva que, por su propia naturaleza, no brinda las oportunidades de defensa que la contenciosa al Estado<sup>35</sup>.

En tal sentido, la Corte varió el criterio que antes había expuesto en las Opiniones Consultivas OC-3 y OC-13 en el sentido que el hecho de que uno o más gobiernos se encuentren involucrados en una disputa con la Comisión, no impide a la Corte emitir una opinión consultiva a solicitud de la Comisión, con el objeto de evitar el perjuicio de las víctimas, para comprender –esta vez (en la OC-14)– entre los derechos protegidos los de *defensa del Estado*, seguramente inspirada en el principio de igualdad procesal; y restringió la capacidad de la Comisión respecto de la solicitud de opiniones consultivas, cuando se relacionen a casos que viene ventilando, tal como anteriormente lo hiciera respecto de los Estados, según acabamos de ver<sup>36</sup>.

33. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N° 3, párr. 39.

34. Corte IDH, OC-14/94, párr. 28.

35. *Ibid.*

36. Hay que señalar, sin embargo, que en este caso concreto no existía ninguna cuestión contenciosa sobre aplicación de la pena de muerte en base a la nueva Constitución peruana.

5.2. *Cuestión previa: admisibilidad de la opinión consultiva*

El Gobierno del Perú, en sus observaciones<sup>37</sup> planteó "falta de legitimidad" activa y de "competencia funcional de la Comisión"<sup>38</sup>, en los siguientes términos:

... La CIDH ... invoca el procedimiento que le posibilita el párrafo 1 del artículo 64, pero incide en una materia que está reservada exclusivamente a los Estados de cuyas leyes nacionales se trata, lo que está contemplado en un dispositivo diferente, -párrafo 2 del mismo artículo 64- ...

... [S]e ha forzado la lógica procesal en la solicitud de la CIDH. Este órgano del Sistema Interamericano hace referencia expresa a una situación interna peruana, pretendiendo cuestionar indirectamente una ley nacional, esto es, la nueva norma contenida en el artículo 140 de la nueva Constitución del Perú ...

Admitir la solicitud de opinión consultiva es esas condiciones sería sentar un desafortunado precedente en la medida que propiciaría una ingerencia desproporcionada de un órgano que forma parte del Sistema de la Organización de Estados Americanos en los mecanismos legislativos internos de los Estados Miembros ... En consecuencia, la solicitud de la CIDH es inadmisibles por no contar con la legitimación para dirigirse a la Honorable Corte, por tratarse de una materia que es de exclusiva competencia de los Estados ... [E]s evidente que la CIDH pretende obtener en forma indirecta lo que no puede hacer en forma directa por impedírsele la mencionada disposición de la Convención.

La Corte fue de opinión que la solicitud de opinión consultiva requerida por la Comisión acerca del artículo 4 de la Convención Americana atiende a

... la reforma de la Constitución peruana, conforme a la cual se ampliaron los casos de aplicación de la pena de muerte ... y no solicita una declaración de compatibilidad entre tal disposición del derecho nacional del Perú y la indicada norma de la Convención. Antes bien, las preguntas que plantea la Comisión no hacen referencia a esa disposición sino que tienen un carácter general y versan sobre las obligaciones y responsabilidades de los

37. Mediante Nota del 11 de noviembre de 1993, la Secretaría de la Corte, en cumplimiento del artículo 54.1 del Reglamento de la Corte, solicitó observaciones escritas y documentos relevantes sobre el asunto objeto de la opinión consultiva a los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos y, por intermedio de la Secretaría General de ésta, a todos los órganos a que se refiere el Capítulo VIII de la Carta de la OEA. Se recibieron observaciones de los Gobiernos del Perú, Costa Rica y Brasil.

38. *Ibid.*, párr.12, 14.

Estados e Individuos que dictan o ejecutan una ley manifiestamente contraria a la Convención. En consecuencia, la respuesta de la Corte sería aplicable tanto al artículo 4 como a todos los artículos que enuncian derechos y libertades <sup>39</sup>.

La Corte consideró que la Comisión no carecía de legitimidad para presentar la solicitud de opinión consultiva, ya que no pretende ni solicita una expresa declaratoria de compatibilidad entre una ley interna de un Estado y normas de la Convención Americana. Agregó que la Comisión, entre otras funciones y atribuciones, puede

formular recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales.

En tales circunstancias, agregó "La competencia consultiva de la Corte ... puede y debe resultar valioso apoyo ..."<sup>40</sup>.

Con relación al hecho de que exista una controversia entre la Comisión y un Gobierno sobre el significado y la aplicación de una determinada norma de la Convención, la Corte señaló que no era suficiente fundamento para que se abstenga de ejercer su competencia consultiva

... de manera que, si la Comisión considera que la reforma de la Constitución peruana puede representar una violación manifiesta de las obligaciones de ese Estado frente a la Convención, puede utilizar esa circunstancia como fundamento de una solicitud de opinión que tenga carácter general<sup>41</sup>.

Sin embargo, conforme la Corte precisó

lo que no puede hacer la Comisión es buscar que un caso contencioso bajo su consideración sea resuelto por la Corte a través de la competencia consultiva que, por su propia naturaleza, no brinda las oportunidades de defensa que le otorga la contenciosa al Estado<sup>42</sup>.

39. OC-14, párr. 24.

40. OC-14, párr. 25.

41. OC-14, párr. 28.

42. *Ibid.*

La posición asumida por la Corte, confirma su naturaleza de ser una jurisdicción creada por Estados: la Corte cuida que todo Estado que intervenga ante ella lo haga con las debidas garantías. Si bien compartimos la posición de la Corte cuando señala que carece de competencia para pronunciarse sobre un caso contencioso bajo conocimiento de la Comisión, en cambio, no consideramos que garantizar el derecho de defensa del Estado sea el argumento fundamental. Lo esencial es que las peticiones o comunicaciones –casos contenciosos– ante la Comisión, sólo son una vía previa para acceder a la jurisdicción de la Corte. Ahora bien, como el objeto y fin de la jurisdicción de la Corte es la protección de los derechos humanos, debe aguardarse a que cualquier caso contencioso llegue a conocimiento de la Corte mediante una demanda, a fin de que las partes tengan ocasión de ejercitar todos los medios probatorios a su alcance, a fin de cautelar los derechos de la persona que alega una violación de sus derechos consagrados en la Convención.

### 5.3. Fondo

La Corte se pronunció sobre dos aspectos:

#### 5.3.1. *Ley contraria a la obligación internacional convencional asumida por un Estado*

La Corte precisó que se referiría a la "ley" en su sentido material y no formal<sup>43</sup>, es decir la ley que el Estado debe dictar en virtud de la obligación que ha asumido, para hacer efectivos los derechos y libertades contenidas en la Convención<sup>44</sup>.

Así mismo, puntualizó que la solicitud de opinión conlleva

... implícitamente ... a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana que establece el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en ellos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdic-

43. OC-14, párr.31.

44. *Ob.cit.*, párr. 33 *in fine*.

ción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades<sup>45</sup>.

Sobre este último aspecto señaló

si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención<sup>46</sup>.

ya que esta es "una de las muchas formas como un Estado puede violar un tratado internacional"<sup>47</sup>.

Aludiendo a la jurisprudencia internacional<sup>48</sup>, la Corte señaló que el Principio de Buena fe o *Bonae Fidae*, debe ser observado en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, así como el principio que establece que "no puede invocarse para su incumplimiento (del Derecho Internacional) el derecho interno"; principios que han sido codificados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Los Estados no pueden invocar sus normas internas, ni siquiera disposiciones de carácter constitucional, para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales<sup>49</sup>.

De otro lado, la Corte señaló que en el marco del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención Americana, corresponde a la Comisión calificar qué normas de derecho interno violan dicho tratado, en virtud de

45. *Ob.cit.*, párr. 33.

46. *Ob.cit.* párr.36. Este es un claro ejemplo de la forma como la jurisprudencia de la Corte mediante su interpretación está extendiendo el ámbito material de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en cuanto a obligaciones positivas de los Estados Partes.

47. OC-14, párr. 37. En el mismo sentido, se pronunció la Corte en la OC-13 párr. 26.

48. *Ob.cit.*, párr. 35. La jurisprudencia citada corresponde a la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia (Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzing (1931), Serie A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167 y Aplicabilidad de la obligación arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión de PLO) (1988), 12, a 31-2, párr. 47).

49. *Ibidem*. De esta forma, la Corte Interamericana reafirmó la naturaleza consuetudinaria de estos principios. Es decir, que estos principios se aplican consuetudinariamente.

las atribuciones que ese instrumento le confiere<sup>50</sup>. Asimismo, compete a la Comisión recomendar su derogación o reforma, sin perjuicio de que haya sido aplicado o no a un caso concreto<sup>51</sup>, lo que éste organismo puede recomendar al Estado, cuando lo estime conveniente para la mejora progresiva de la vigencia de los derechos humanos en ese determinado país<sup>52</sup>; o, en los informes relativos a las peticiones o denuncias individuales que aleguen violación de los derechos consagrados en la Convención<sup>53</sup>.

La Corte aclaró que<sup>54</sup> el tratamiento de ese órgano jurisdiccional respecto a la violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por un Estado parte a través de su derecho interno, varía teniendo en cuenta el tipo de competencia que ejerza. En el pedido de Opiniones Consultivas se debe distinguir entre la solicitud de un Estado parte o de la Comisión Interamericana para referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna—como ocurre en el presente caso— (Artículo 64.1 de la Convención Americana); y la solicitud de un Estado pidiendo opinión sobre la compatibilidad entre esos instrumentos y su derecho interno<sup>55</sup> (Artículo 64.2 de la Convención Americana). Agregó la Corte que el análisis sería de otro modo si se tratara de la jurisdicción contenciosa. Para este último caso, señaló que se debe hacer una distinción entre leyes que no son de aplicación inmediata porque están sujetas a actos normativos posteriores<sup>56</sup>, al cumplimiento de ciertas condiciones o a su aplicación por funcionarios del Estado, y leyes de aplicación inmediata, porque no toda ley que entra en vigor afecta necesariamente a la esfera jurídica de personas determinadas<sup>57</sup>.

Para la Corte, de tratarse de una ley de aplicación no inmediata, la Comisión no puede someter a la Corte un caso contra el Estado con base a la sola emisión de la ley, porque

50. *Ob.cit.*, párr. 38. La Corte opinó en el mismo sentido en la OC-13, Parte Resolutiva 1.

51. *Ob.cit.*, párr. 39.

52. Artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

53. Artículos 49 y 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

54. *Ob.cit.*, párr. 40.

55. Artículo 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

56. Es decir, se trata de normas programáticas.

57. *Ob.cit.*, párr. 41.

... la ley que no es inmediata, es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella; no representa, per se, violación de los derechos humanos<sup>58</sup>.

El argumento de la Corte es: para que ella pueda conocer de cualquier caso, es necesario que la Comisión haya recibido una petición o comunicación que contenga una queja de violación de derechos humanos respecto de individuos determinados y, en consecuencia, se hayan agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención. Porque la jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. La Corte sólo podría hacer esto último –decidir si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención–, en el ejercicio de su competencia consultiva, en aplicación del artículo 64.2<sup>59</sup> es decir, a solicitud del Estado interesado. Y no de la Comisión.

Refiriéndose a las leyes de aplicación inmediata, o sea aquellas que afectan la esfera jurídica de personas determinadas, la Corte dijo que la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el sólo hecho de su expedición<sup>60</sup>.

La Corte recomienda, respecto de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, los mecanismos de las medidas provisionales a cargo de la Corte (Artículo 63.2 de la Convención Americana) o las medidas cautelares a cargo de la Comisión (Artículo 29 del Reglamento de la Comisión), para evitar que tales violaciones se consumen<sup>61</sup>. La Corte concluye señalando que

la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que en el evento que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto a individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

58. *Ob.cit.*, párr. 42.

59. *Ob.cit.*, párrafos 45 y 49.

60. La Corte refiere como ejemplo el caso de una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ej., de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza. *Ob.cit.* párr. 43.

61. *Ob.cit.*, párr. 44.

A manera de comentario, debemos señalar que la Corte distingue acertadamente, para efectos de su interpretación, entre las obligaciones que los tratados –en general– imponen a los Estados parte, y las obligaciones que los tratados sobre derechos humanos imponen a los Estados respecto de las personas que se hallan sometidas a su jurisdicción<sup>62</sup>. Si bien, a continuación la Corte afirma que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones internacionales constituye violación de éstas; *el tema de la responsabilidad estatal sólo lo vincula para el caso de que esa violación configure infracción de los derechos y obligaciones que el tratado protege. La afirmación de la Corte no es clara. Parecería que la violación de la norma internacional y en consecuencia la responsabilidad internacional del Estado, solo se produce en el caso de la aplicación efectiva de la norma violatoria de la Convención, como sería la ejecución de un sentenciado a la pena de muerte en aplicación del artículo 140 de la Constitución peruana de 1993.* Es decir, la aprobación de una norma constitucional en violación de la Convención Americana de Derechos Humanos no generaría *per se* la responsabilidad del Estado infractor. Lo que no es así. La sola promulgación de una norma constitucional en violación de la Convención Americana por un Estado parte, genera responsabilidad internacional del Estado y, por ello, faculta a los demás Estados parte a la presentación de una denuncia contra el Estado infractor ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>63</sup>. La facultad de los Estados parte en la Convención para denunciar o demandar al Estado infractor está bien establecida en la misma Convención Americana. Y ya anteriormente la Corte Internacional de Justicia, en los casos sobre Sudáfrica, Objeciones Preliminares, 1962, se había referido al “interés legal” de los Estados por el respeto a las normas internacionales de protección de toda la humanidad; tales normas forman así, parte del *orden público internacional*.

Quizás la Corte fue influenciada en su apreciación, que no compartimos, por la práctica de los Estados en el sistema interamericano a esa fecha, de no denunciarse entre sí por las violaciones a la Convención Americana<sup>64</sup>.

62. La Corte reitera una vez la naturaleza *sui generis* de los tratados de derechos humanos respecto a los tratados clásicos que sólo generan obligaciones respecto a los demás Estados Partes.

63. Artículo 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

64. Tal práctica ha variado, pues con ocasión de los incidentes fronterizos entre el Ecuador y el Perú en 1995, ambos países se acusaron públicamente de violar derechos humanos de los nacionales de uno u otro Estado. La prensa informó que ambos países habrían presentado comunicaciones contra el otro ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la violación de los derechos humanos de sus respectivos ciudadanos.

5.3.2. *Responsabilidad internacional personal por violación de las disposiciones de la Convención Americana sobre derechos humanos.*

¿La responsabilidad internacional del individuo es distinta de la responsabilidad de los Estados de los cuales son nacionales, agentes o funcionarios?

En la audiencia realizada con motivo de la opinión consultiva que comentamos, el Profesor Michael Reisman, Presidente de la Comisión Interamericana, precisó que la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos respecto de las personas que las hayan cometido, y la de los Gobiernos que hayan respaldado, permitido o tolerado tal violación, tiene dos posibilidades de interpretación<sup>65</sup>:

- i) Las personas están obligadas a cumplir las leyes del Estado del cual son nacionales y, en consecuencia, sólo dicho Estado es responsable de los efectos internacionales de tales leyes.
- ii) Toda la responsabilidad recae en los agentes del Estado y no en éste.

En opinión del Prof. Reisman, el Derecho Internacional respalda una tercera posición: en el caso de los crímenes internacionales queda comprometida tanto la responsabilidad individual como la del Estado.

El Prof. Reisman señaló que, si bien una norma interna violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no surte efectos a nivel internacional, muchos son sus efectos a nivel interno; entre ellos, el de conducir al Estado a ejecutar un objetivo internacionalmente ilícito. Agregó:

lo que nos plantea una paradoja: Las víctimas tienen un doble sufrimiento; como víctimas y como parte de la sociedad estatal, pues en este último caso deben pagar la indemnización decretada contra el Estado, lo que va contra todo derecho.

Además, en esa eventualidad, el Estado que es una entidad abstracta, viola el derecho internacional; pero sus agentes no lo violarían porque estarían acatando leyes internas; por ello, el Prof. Reisman señaló la necesidad de que el Derecho Internacional de una respuesta, sin pretender sustituir la responsabi-

65. Las referencias que se hacen, constituyen apuntes de la autora, quien estuvo presente en la Audiencia.

lidad del Estado, es decir, establezca una responsabilidad coordinada. Si un Estado dicta leyes contrarias a la Convención de la que es parte, se genera la responsabilidad internacional del Estado; y si tales leyes violatorias de la Convención se ejecutan, se genera también la responsabilidad personal de los funcionarios o agentes que la hayan ejecutado.

Por su parte, la Agente del Perú Beatriz Ramacciotti, comentando la intervención del representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a la responsabilidad coordinada, afirmó que lo señalado por el profesor Reisman es obvio de acuerdo a la "doctrina teórica" (sic). Agregó:

para que se configure la responsabilidad se debe tener en cuenta: el hecho subjetivo –la dación de la ley– y el hecho objetivo –la aplicación de la ley–, así como los eximentes de responsabilidad<sup>66</sup>.

En relación a los alcances del artículo 140 de la Constitución de 1993, la Agente del Perú afirmó que

... no viola el artículo 4.2 de la Convención Americana. El artículo 140 incorpora un veto implícito: la remisión a los tratados vigentes para el Perú. Además, tendría que darse una ley especial, la cual no existe.

Agregó:

En las actuales circunstancias, el artículo 140 no es una norma aplicable por la Convención Americana y por otros tratados sobre la materia. La Constitución de 1993 está hecha para perdurar, es para ser aplicada a grupos terroristas y narcotraficantes, luego que el Perú haga uso de su derecho de denuncia a que se refiere el artículo 79 de la Convención Americana, en el contexto de las 30,000 víctimas y los 25,000'000,000 de soles de pérdidas. El terrorismo es un asunto de competencia interna, y el objetivo de la legislación penal es la disuasión que ya está dando resultados. El Perú plantea un perfeccionamiento de la Convención Americana que contemple la violación por grupos terroristas.

La Prof. Ramacciotti formula varios planteamientos que carecen de coordinación entre sí y hasta resultan contradictorios unos de otros. En primer lugar, plantea la distinción entre el hecho de dictar una norma violatoria de la

66. La Agente del Perú, en ese acto también solicitó "la ampliación de la responsabilidad internacional para los crímenes cometidos por los grupos no gubernamentales".

Convención Americana y la aplicación de dicha norma, olvidando que ambos supuestos son internacionalmente ilícitos. En segundo lugar, señala que el artículo 140 de la Constitución de 1993 no es aplicable porque requiere una norma de desarrollo legislativo para ser aplicado, y además por llevar un "veto implícito", olvidando que esos argumentos tampoco eximen de ilicitud a la norma interna violatoria de la Convención. En tercer lugar, agrega que la norma es para ser aplicada luego que el Perú haga uso de su derecho a la denuncia del tratado, lo que constituye un comentario personal de la Prof. Ramacciotti, ya que este supuesto no está señalado en el artículo 140 objeto de comentario. En cuarto lugar, plantea establecer la responsabilidad internacional de los grupos terroristas por las violaciones que cometan, en la medida que la Convención Americana sea perfeccionada;<sup>67</sup> esta interesante iniciativa, ajena al tema que debatía la Corte (ya que se refiere a la responsabilidad penal internacional del individuo, en general, y no a la aplicación de la pena de muerte), debe ser presentada por la Prof. Ramacciotti en los canales adecuados.

Al respecto, la Corte señaló que,

52. El Derecho Internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales.

Lo anterior representa una evolución de la doctrina clásica ...

y agregó,

... actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuída solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos<sup>68</sup>.

67. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-14, *ob.cit.*, párr. 52.

68. *Ob.cit.*, párr. 53.

5.3.2.1. *Responsabilidad penal internacional del individuo. Personalidad jurídica internacional del individuo*

Originariamente, el Derecho Internacional otorgó sólo a los Estados la calidad de sujetos de ese ordenamiento jurídico. Sin embargo, desde la década de 1920 y por acción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, continuada luego por la práctica de la Corte Internacional de Justicia, y como consecuencia de los logros alcanzados en la lucha por la protección de los Derechos Humanos, se ha ido reafirmando una tendencia que considera al individuo como sujeto de derecho internacional, aunque limitándolo —en el estado actual de evolución del Derecho Internacional— al campo específico de los derechos humanos. Así, la actual práctica internacional atribuye a la persona humana, independientemente de su pertenencia a un determinado Estado, la protección de sus derechos humanos, lo que se verifica a través de normas jurídicas internacionales directamente aplicables, así como el otorgamiento de capacidad procesal al individuo en tanto titular de derechos humanos, para reclamarlos ante organismos internacionales. Esto supone una evolución, ya que de acuerdo al Derecho Internacional Clásico, cuando los derechos de una persona eran vulnerados por un Estado distinto al suyo, "el Estado del que es nacional el reclamante hace suyo el reclamo por *endoso*, siendo así el Estado quien plantea la acción y no el individuo"<sup>69</sup>.

Respecto a la atribución de deberes internacionales a las personas físicas, Kelsen sostiene que *excepcionalmente* existen normas de Derecho Internacional que establecen supuestos de actos ilícitos internacionales, como es el caso de la prohibición de la piratería<sup>70</sup> que sólo pueden ser cometidos por personas privadas y no por un acto de Estado,

... esas normas de Derecho Internacional establecen la responsabilidad individual al dirigir las sanciones exclusivamente contra el autor inmediato del acto ilícito o contra otra persona física individual y directamente determinada por el Derecho Internacional ...

69. Nos estamos refiriendo a la Protección Diplomática. SOLARI TUDELA, Luis: *Derecho Internacional Público*. Studium, 4ª ed., Lima, 1991, p. 105.

70. La piratería puede ser definida "como los actos de violencia cometidos en alta mar contra las personas o los bienes, por la tripulación de un buque privado con propósitos de saqueo".

... por consiguiente, estas sanciones no pueden tener el carácter de guerra o de represalias, que por su misma naturaleza establecen una responsabilidad colectiva<sup>71</sup>.

Para Kelsen, el hecho de que el Derecho Internacional autorice a los Estados a castigar a los piratas, convierte a éstos en sujetos inmediatos de ese orden jurídico, es decir, sujetos de una obligación internacional, que daría lugar a una responsabilidad individual y ya no colectiva o estatal por violación del Derecho Internacional. Señala además, que si bien el Derecho Internacional deja al Derecho interno la determinación del castigo a través de sus tribunales, estos actúan como órganos de la Comunidad Internacional, pues estarían aplicando el Derecho Internacional.

Otro caso que establece el Derecho Internacional Clásico, por excepción, es el Derecho Internacional Humanitario, que señala obligaciones, tanto a los Estados, como también a los combatientes. Así, no sólo está tipificada esta responsabilidad en los Convenios pertinentes<sup>72</sup>, sino que se ha establecido la obligación del Estado de sancionar tales actos a través de sus tribunales nacionales.

Es así que la responsabilidad internacional en el Derecho Internacional Clásico recae en los Estados<sup>73</sup>, y excepcionalmente en los individuos, aún cuando esta responsabilidad en última instancia era determinada por los Estados a través de sus tribunales.

#### 5.3.2.2. *La jurisdicción penal ratione loci*

Para el Derecho Internacional Clásico, la jurisdicción penal *ratione loci*, estuvo unida al principio de *territorialidad*, basado a su vez, en la soberanía de los Estados. Por ello, solo los jueces y tribunales del Estado donde se había cometido un hecho delictivo, eran competentes para juzgar a los presuntos responsables de tal hecho. Sin embargo, el desarrollo del Derecho Internacional

71. KELSEN, Hans: *Principios de Derecho Internacional Público*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 108.

72. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1977.

73. El Profesor Basdevant define la responsabilidad internacional como "una institución jurídica en virtud de la cual todo Estado, al que sea imputable un acto que el Derecho Internacional repunte ilícito, debe una reparación al Estado en cuyo perjuicio se haya realizado dicho acto", citado por ROUSSEAU, Charles: *Derecho Internacional Público*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1966, pág. 352.

ha conducido paulatinamente al establecimiento de ciertos principios penales internacionales para el juzgamiento de criminales, con independencia del lugar en que haya cometido el crimen, teniendo en cuenta sus efectos en el territorio del Estado y su gravedad. En el primer caso, el tribunal del Estado perjudicado es competente para juzgarlo y sancionarlo<sup>74</sup>; en tanto que en el segundo caso cualquier tribunal estatal podría ser competente e incluso un tribunal internacional<sup>75</sup>. Uno de estos principios es el de PROTECCIÓN, establecido por el derecho consuetudinario, que permite el juzgamiento de los presuntos responsables de delitos graves cometidos fuera del territorio del Estado contra sus nacionales o cometidos por sus nacionales que gozen de inmunidad jurisdiccional como los diplomáticos; o contra los intereses del Estado, como el caso de falsificación de moneda. Un tercer caso, establecido por el derecho convencional, es el secuestro de aeronaves, en que los Estados deben devolver al delincuente al Estado de matrícula de la aeronave y, si no lo hacen, deben juzgar al delincuente.

Otro principio es el de UNIVERSALIDAD, establecido por el derecho convencional, que lleva al juzgamiento de presuntos responsables de crímenes graves, tales como el genocidio, el "apartheid", la tortura, y la desaparición forzada de personas<sup>76</sup>, cualquiera sea el lugar en que se hayan cometido, y cualquiera sea la nacionalidad de los presuntos responsables y de las víctimas. Este principio se fundamenta en razones de *orden público internacional*, en el interés de toda la humanidad.

### 5.3.2.2. *El Tribunal militar internacional de Nüremberg*

Las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, llevaron a la Comunidad Internacional a establecer un nuevo tipo de responsabilidad inter-

74. A manera de ejemplo podemos citar los casos previstos en el artículo 1º, artículo incisos 1,2,3,4 del Código Penal Peruano, Decreto Legislativo N° 635.

75. Nos estamos refiriendo a los delitos tipificados por el derecho internacional como crímenes internacionales, para los que se han establecido la jurisdicción universal o su sanción por tribunales internacionales.

76. Artículo 12 segundo párrafo de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. Artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Artículos IV y V de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, Artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

nacional que se basó en la calificación de determinadas conductas individuales como crímenes de Derecho Internacional. La responsabilidad individual internacional se establece por primera vez, en forma definitiva, en el Tratado de Londres, al disponer el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje y la creación de un Tribunal Militar Internacional, con lo que se inició la práctica del juzgamiento internacional de los principales criminales de guerra de Alemania nazi<sup>77</sup>, cuya labor estuvo complementada por los Tribunales Militares francés, norteamericano, soviético y británico, que actuaron en las respectivas zonas de ocupación en Alemania y que fueron creados por el Consejo de Control Aliado, mediante la Ordenanza N° 10 de 20 de diciembre de 1945, para el enjuiciamiento de los criminales de guerra nazis, distintos de los comprendidos en el Artículo 1 del Tratado de Londres.

El referido art. 1 del Tratado de Londres instituyó

... un Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos delitos no tengan una localización geográfica precisa, ya sean acusados individualmente o en su calidad de miembros de organizaciones o de grupos o en ambas calidades<sup>78</sup>.

El Tratado de Londres, celebrado el 8 de agosto de 1945 entre Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética, es el resultado de un proceso que se inicia con la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943, en la que se expresa la intención de solicitar que los oficiales alemanes y los

77. Un antecedente importante respecto a la responsabilidad personal internacional es el Tratado de Versalles, que estableció el juzgamiento y sanción del Emperador alemán Guillermo II y de los jefes de las tropas militares alemanas. El Tratado de Versalles en su art. 227, declaraba que el ex Emperador Guillermo II, debía ser llevado ante un tribunal penal internacional, "por la suprema ofensa contra la moral internacional y la santidad de los tratados"; y "si el acusado fuese declarado culpable, este tribunal deberá fijar el castigo que considere deba imponerse". Para Kelsen, la disposición del Tratado de Versalles, convertía a las normas de la moral internacional en normas jurídicas. En tal sentido, infiere que la referida disposición hacía responsable a un individuo, de la violación de las normas de derecho internacional, cometidas en su calidad de "órgano de un Estado"; en consecuencia, la violación enunciada por el Tratado de Versalles, establecía solamente la responsabilidad del Estado. Es de caso mencionar que ni el Emperador alemán Guillermo II, ni los demás miembros de las fuerzas alemanas, fueron llevados a juicio alguno. Véase SOTO, Silvia: *La Responsabilidad Individual en el Derecho Internacional*. Tesis para obtener el Título de Abogado, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, 1995, pág. 18-19.

78. KELSEN, Hans: *Principios de Derechos Internacional Público*. Ob.cit., pág. 114.

miembros del Partido Nazi que hubieran cometido atrocidades, fueran devueltos a los países en los que habían cometido tales crímenes, para que ser juzgados y castigados de acuerdo con las leyes de dichos países; y cuando no fuera posible determinar la jurisdicción, imponer el castigo por decisión conjunta de los gobiernos de los países aliados. Otros antecedentes importantea son las Conferencias de Yalta (Unión Soviética) y Postdam (Alemania) en las que los aliados reafirmaron su intención de alcanzar una "justicia clara".

Las tres potencias aliadas –Estados Unidos, Unión Soviética y Reino Unido– a través de la Declaración de Moscú (Declaración sobre las Atrocidades Alemanas), manifestaron que perseguirían a los culpables hasta los límites más remotos de la tierra, para entregarlos a sus acusadores, a fin de que pudiera hacerse justicia<sup>79</sup>.

Durante el desarrollo de la Conferencias de Yalta, en febrero de 1945 y la de Postdam entre julio y agosto de ese mismo año, si bien se discutió principalmente temas político-militares<sup>80</sup>, fue en esta última, en Postdam, donde se reafirmaron los principios para el establecimiento de una "justicia clara" como consecuencia de una imputación de responsabilidades criminales. En cambio, en Yalta, se discutió la obtención de compensaciones de carácter material.

Para Sørensen, sólo a partir de la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad, según el Derecho Internacional, se ha imputado directamente al individuo y este ha sido penado mediante un procedimiento internacional<sup>81</sup>.

El Tratado de Londres aprobó el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg, cuyo art. 6 estipulaba<sup>82</sup>:

El Tribunal establecido por el acuerdo mencionado en el art. 1 de este Estatuto para el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra de las Potencias Europeas del Eje, tendrá poder para juzgar y castigar a las personas que, actuando en beneficio de las Potencias Europeas del Eje,

79. SORENSEN, Max: *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, 1ª. ed. en español, México, 1973, p. 769.

80. Como la reestructuración de Europa, la constitución de la ONU, el futuro de Alemania y la reparación a cargo de ésta última. SOTO, Silvia: *Ob.cit.*, pág. 24. Véase también COINTET, J. P.: *Historia de la Segunda Guerra Mundial: La Conferencia de Yalta*, Tomo IX, Salvat, S.A. Ediciones, Pamplona, 1984, p. 279.

81. SÖRENSEN, Max: *Ob.cit.*, p. 493.

82. KELSEN, Hans: *Principios de Derecho Internacional Público*, p. 116. 120. Principios similares a los establecidos por el Estatuto del Tribunal del Nüremberg, se consagran en el Estatuto del Tribunal Internacional para el Lejano Oriente, aprobado por el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas Aliadas el 19 de enero de 1946, sobre la base del Instrumento Japonés de Rendición, firmado el 2 de septiembre de 1945.

bien como particulares o bien como miembros de organizaciones, cometieran cualesquiera de los siguientes delitos. Los siguientes actos, o cualesquiera de ellos, son delitos que corresponden a la jurisdicción del tribunal y por los cuales se responderá individualmente:

a) Delitos contra la paz, a saber: planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados, acuerdos o seguridades internacionales, o participar en un plan o conspiración común para realizar cualesquiera de esos actos.

b) Delitos de guerra, a saber: violaciones de las leyes o usos de guerra. Tales violaciones incluyen, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato y la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción inconsiderada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.

c) Delitos contra la Humanidad, a saber: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, durante la guerra o antes de ella, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas relacionadas con cualquiera de los delitos que corresponden a la jurisdicción del tribunal, tanto si fueron cometidos en violación de las leyes del país donde fueron perpetrados, como en caso contrario. Los dirigentes, los organizadores, los instigadores y los cómplices que hubieren participado en la formulación o ejecución de un plan o conspiración común para cometer cualesquiera de los delitos precedentes, serán responsables de todos los actos realizados por cualesquiera personas en ejecución de tal plan.

Estos principios han pasado a formar parte del Derecho Internacional consuetudinario en virtud de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946 que consagró "los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nüremberg y la sentencia del Tribunal".

El artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg establece:

La posición oficial de los acusados, como jefes de Estado o como altos funcionarios en departamentos ministeriales, no será considerada como una circunstancia que les exima de su responsabilidad ni como atenuante de la pena<sup>83</sup>.

Por su parte, el artículo 8 del mismo Estatuto dispone:

83. KELSEN, Hans: *Ob.cit.*, pág. 117.

El hecho de que el acusado hubiese actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior no lo eximirá de responsabilidad, pero podrá ser tomado en consideración para atenuar la pena si el Tribunal así lo requiere<sup>84</sup>.

De acuerdo a los artículos citados, un individuo podrá ser juzgado y sancionado, *es decir ser responsable internacionalmente*, por la comisión de uno o más delitos determinados en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, ya sea que el hecho tenga o no el carácter de acto del Estado; igualmente si el acto hubiese sido o no cometido en ejecución de una orden que tenga o no el carácter de acto del Estado.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional y siguiendo a Kelsen, no hay diferencia entre un acto realizado por orden superior y un acto realizado por propia iniciativa del individuo actuante, siendo solamente decisiva la cuestión de saber si el acto es o no un *acto del Estado*<sup>85</sup>, *para la eventual atenuación de la pena*.

La responsabilidad individual en este contexto, está vinculada a determinar si el acto ilícito es o no un acto de Estado, si fue realizado por orden superior o por iniciativa propia, *resultando indispensable establecer la conducta penal en la realización de tales actos cuya violación afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto*, es decir, al *orden público internacional*.

Desde el siglo pasado hasta la creación de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, el Derecho Internacional dió un salto en cuanto al tema de la responsabilidad<sup>86</sup>, que antes era eminentemente colectiva –por actos de los Estados: entendiéndose como tales los actos de sus órganos así como de sus nacionales en determinadas circunstancias– y excepcionalmente individual por actos de piratería a ser establecida por los tribunales estatales, a la responsabilidad individual internacional por crímenes internacionales.

La sentencia del Tribunal de Nüremberg señaló que,

84. *Ibid.*, pág. 117.

85. KELSEN, Hans: *Ob.cit.*, págs. 117-118. Véase también SOTO, Silvia: *Ob.cit.*, pág. 27.

86. La responsabilidad es atribuída al Estado como consecuencia de la realización de un acto ilícito, es decir, debido a un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuible, de acuerdo al derecho internacional a un Estado, y que configura violación de una obligación internacional. Véase *Proyecto de Convención sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional*, arts. 1, 3. El efecto de la responsabilidad, es la obligación del Estado de reparar. La reparación tiene un carácter compensatorio y no punitivo.

Ha sido reconocido durante mucho tiempo, que el Derecho Internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos, lo mismo que a los Estados... Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometieron tales crímenes, pueden ejecutarse las disposiciones del Derecho Internacional ... El principio de Derecho Internacional que, bajo ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede ser aplicado a actos que son considerados como criminales por el Derecho Internacional. Los autores de tales actos no pueden escudarse en su posición oficial para librarse del castigo en un juicio apropiado<sup>87</sup>.

Silvia Soto define la responsabilidad individual internacional, como

... aquella atribuida a un sujeto que posee personalidad jurídica propia, independientemente de su condición de nacional de un Estado determinado, por la comisión de actos que constituyen una violación a los elevados principios humanísticos<sup>88</sup>,

y que configuran, de acuerdo al Derecho Internacional, crímenes internacionales. Esta responsabilidad se distingue fundamentalmente de la responsabilidad estatal porque en tanto la última sólo conlleva la obligación internacional de reparar<sup>89</sup>, en cambio la primera tiene un carácter punitivo, que busca que recaiga sobre el autor una sanción penal<sup>90</sup>.

Un aspecto interesante de análisis, es determinar si la comisión de actos violatorios del Derecho Internacional en cumplimiento del ordenamiento jurídico estatal, tiene significación internacional. Verdross, señala que el Tratado de Londres declara punibles no sólo los actos cometidos por orden de los superiores militares, sino también los realizados por encargo del gobierno, con lo que se incluye los actos realizados en cumplimiento del ordenamiento jurídico estatal<sup>91</sup>. En consecuencia, la observancia del derecho interno no constituye un eximente de la responsabilidad penal internacional; esto supone la modificación del principio antes válido, en virtud del cual el derecho estatal obligaba en todos los casos a los órganos y agentes del Estado. Hoy solo los

87. BENADAVA, Santiago: *Derecho Internacional*, Chile, 19 ..., pág. 213.

88. SOTO, Silvia: *Ob.cit.*, pág. 30.

89. SOLARI TUDELA, Luis: *Ob.cit.* pág. 203.

90. Véase SOTO, Silvia: *Ob.cit.*, pág. 30.

91. VERDROSS, Alfred: *Derecho Internacional Público*. Tomo Y, 6ª. Ed., Biblioteca Jurídica Aguilar, España, 1978, pág. 202.

obliga mientras no quede derogado o alterado por un procedimiento jurídico-internacional<sup>92</sup>.

Según Fierro,

... el proceso de Nüremberg, estableció la tesis que frente al derecho positivo vigente existe una instancia superior, constituída por una serie de principios naturales e inmutables, con lógica primacía sobre la ley nacional y con arreglo a los cuales no es ya lícito sino obligatorio, desobedecer toda disposición que los contravenga<sup>93</sup>.

Pablo Ramella refiere que Pío XII, en una alocución dirigida a los miembros de la Sagrada Rota Romana en Noviembre de 1949, señaló que los juicios de Nüremberg

... no solo entregaron los verdaderos criminales a la suerte que merecían sino que mostraron la intolerable condición, a que la ley del Estado dominado por el positivismo jurídico, puede reducir a los funcionarios públicos<sup>94</sup>.

Respecto a la posibilidad de que el origen de la responsabilidad –individual– se halle en una ley del Estado a que pertenece el agente o funcionario, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva que comentamos, precisó:

El que el acto [delito internacional] se ajuste al derecho interno no constituye una justificación desde el punto de vista del Derecho Internacional<sup>95</sup>.

92. *Ibid.* El juicio realizado por el Tribunal de Nüremberg, supuso la consagración de tres principios: a) el carácter criminal de la guerra de agresión, b) la admisión del individuo en el campo del Derecho Internacional tanto en su cualidad de sujeto activo del delito como en el pasivo y c) primacía de las obligaciones internacionales impuestas a los individuos, sobre los deberes de obediencia al Estado de quién dependen, lo cual descarataría la justificación del mandato recibido del Estado<sup>94</sup>. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tomo Y, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, págs. 428 y 429.

93. FIERRO, Guillermo: *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 30.

94. Citado por Pablo RAMELLA, *Crímenes contra la Humanidad*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 19-20.

95. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-14, párr. 54

De esta forma se rechazó el principio consagrado por el Derecho Penal común, de que el cumplimiento de la ley constituye una causa de justificación del hecho, en virtud de que frente al derecho positivo vigente existen razones superiores, con primacía sobre la ley nacional, para la protección de la humanidad, en virtud de las cuales es obligatorio desobedecer toda disposición que se oponga a ellas. Quedó así sobrepuesta de manera inequívoca, la normatividad internacional sobre la nacional.

Es decir, una persona nacional de un Estado puede ser responsable internacionalmente, aún cuando alegue que su conducta se ajusta a su derecho interno.

### 5.3.2.3. *Los tribunales internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda*

Esta tendencia del Derecho Internacional, tal como señala la Corte en la opinión consultiva que comentamos, más allá de haber "sido consignada en numerosos instrumentos internacionales" al decir de la Corte Interamericana<sup>96</sup>, ha sido recogida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que, ejercitando las competencias implícitas que le concede la Carta de Naciones Unidas, ha creado Tribunales Internacionales para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia así como en Rwanda<sup>97</sup>, mediante sus Resoluciones N<sup>o</sup>. 764 y N<sup>o</sup>. 808 de 13 de julio de 1992 y 22 de febrero de 1993, respectivamente.

El Consejo de Seguridad ha establecido:

...que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios [de Ginebra, 1949] son considerados personalmente responsables de dichas violaciones<sup>98</sup>.

Es decir, que en el ámbito internacional son personalmente responsables quienes cometan violaciones graves del derecho humanitario, o sea, quienes cometan crímenes internacionales.

96. *Ob.cit.* párr. 55.

97. Estos Tribunales se encuentran actualmente en actividad.

98. *Ibid.*

Estos Tribunales Internacionales consisten en Salas de Primera Instancia, una para el caso de la ex-Yugoslavia y otra para el caso de Rwanda. Y una Sala de Apelación común.

La competencia *ratione materiae*, se refiere a las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (Art. 2), a la violación de las leyes o usos de la guerra (Art. 3), al genocidio (Art. 4) y a los crímenes de lesa humanidad (Art. 5). En cada uno de estos artículos se incluye una lista de los hechos específicos considerados delictivos; sin embargo, en el caso del artículo 5, relativo a "Crímenes de lesa humanidad", el último apartado (f), se refiere a "Otros actos inhumanos", lo que otorga competencia al tribunal para sancionar cualquier atrocidad cometida en la ex-Yugoslavia, aunque no esté señalada expresamente en la lista de delitos siempre que se trate de "actos inhumanos" como lo es la violación así como la prostitución forzada. Todos estos crímenes están condenados por las Convenciones de Ginebra, la Convención contra el Genocidio y el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, los cuales han pasado a formar parte del Derecho Consuetudinario. Y si alguna duda quedase acerca de la validez de estas normas frente al principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, debe tenerse presente que para la justicia penal internacional prevalece el principio de protección de la humanidad, que no acepta que queden impunes los crímenes contra la humanidad.

La competencia *ratione personae* está señalada en el artículo 7, que se refiere al mismo tiempo a la responsabilidad penal internacional del individuo, reiterando los criterios que, sobre esta materia, habían sido ya fijados por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg:

#### Responsabilidad penal internacional

1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si este sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad.

Acerca de los principios de *Res Iudicata* y de *Non Bis in Idem*, es pertinente citar también el artículo 10 del Estatuto de este Tribunal, que dice:

Cosa Juzgada. 1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional.

2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si:

a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o

b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida.

Los principios de *res iudicata* y de *non bis in idem* se aplican consuetudinariamente desde tiempos inmemoriales. Y son regla en todos los Estados. Sin embargo, el Estatuto del Tribunal Internacional, al tiempo de señalar la primacía de este Tribunal sobre los tribunales nacionales (párrafo 1), hace ciertas excepciones, destinadas a evitar que, quien haya sido juzgado de modo complaciente por un tribunal nacional que carecía de imparcialidad e independencia, y haya sido absuelto o haya recibido una pena mínima, desproporcionada al crimen cometido, pueda quedar impune (párrafo 2); obviamente, quien haya sido “amnistiado”, o “indultado”, o de cualquier otro modo liberado de responsabilidad penal interna en la ex-Yugoslavia (o en Burundi), no queda por ello liberado de la responsabilidad penal que el derecho internacional impone.

Respecto a la determinación de la pena, el Tribunal Internacional “tendrá en cuenta” en qué medida una pena impuesta por un tribunal interno, haya sido efectivamente cumplida, para evitar la duplicidad de sanción, o que la pena se

extienda por un tiempo mayor al que señale la sentencia del Tribunal Internacional.

Por otra parte, a pesar de las atrocidades cometidas en la ex-Yugoslavia (así como en Rwanda), el Tribunal Internacional *sólo* está facultado para imponer penas de privación de la libertad *–y no la pena de muerte–*. El Consejo de Seguridad ha querido así, sujetarse a la tendencia de la doctrina y la práctica internacionales, sobre abolición de la pena de muerte. En relación a las condiciones de la pena *–entre ellas su extensión, el Tribunal "recurrirá a la práctica general de los tribunales de la ex-Yugoslavia relativa a las penas de prisión" (Art. 24).*

Las atrocidades que se vienen cometiendo en diferentes partes del mundo, como en Burundi, similares a las de Rwanda y la ex-Yugoslavia, son situaciones que califican para que el Consejo de Seguridad cree un Tribunal *–o Sala de Primera Instancia–* para Burundi. En efecto, si el Consejo de Seguridad, actuando a nombre de la Comunidad Internacional, decidió establecer Tribunales Penales Internacionales para el juzgamiento de los responsables de atrocidades en la ex-Yugoslavia y en Rwanda, el mismo criterio debe llevarlo a sancionar a los responsables de atrocidades en Burundi. Esta iniciativa del Consejo de Seguridad en cuanto al establecimiento de una jurisdicción internacional para sancionar crímenes internacionales, tiende a la formalización de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente. Ya la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha redactado el proyecto de Código de Crímenes Internacionales y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (Véase *International Legal Materials*, vol. 33, 1994, p. 253).

#### 5.3.2.4. *Responsabilidad internacional del individuo por violación de los derechos protegidos por la Convención Americana*

En el caso específico de violación de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte ha señalado que *–en principio–* es responsabilidad del Estado y no de los individuos que lo cometan, porque

En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no de los individuos. Toda violación de los

derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste. (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párr. 170; Caso Godínez Cruz Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 179)<sup>99</sup>.

La Corte agregó,

Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional, generará, además, responsabilidad individual<sup>100</sup>.

La Corte dejó así establecido que la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos no excluye la responsabilidad individual internacional tratándose de crímenes internacionales. Al mismo tiempo, la Corte se declara incompetente para determinar la responsabilidad penal internacional de los individuos.

En esta situación, la aplicación de la pena de muerte en el Perú, en observancia de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, artículo 140 de la Constitución de 1993, ¿configura delito internacional?; en consecuencia, ¿genera responsabilidad individual internacional de los agentes o funcionarios que la sancionen y/o ejecuten? ¿Qué Tribunal tendría competencia para determinar y sancionar la eventual responsabilidad penal del individuo?

En principio, la privación de la vida de un ser humano configura el delito de homicidio, que se encuentra tipificado y sancionado por las leyes de los Estados. Así tipificada, la privación de la vida no configura *per se* un crimen internacional. Sin embargo, la privación colectiva de la vida que tipifica el delito de genocidio sí es un crimen internacional<sup>101</sup>, como lo es también el asesinato de personas heridas o detenidas, y de población civil en un conflicto armado, interno o internacional, de acuerdo a los Convenios de Ginebra de 1949. Así lo ha entendido el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas al establecer, en su Resolución N° 764 antes citada, la responsabilidad personal de quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949; asimismo, al disponer en su Resolución 808 de 22 de febrero de 1993, la creación de Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho

99. *Ob.cit.*, párr. 56.

100. *Ibid.*

101. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III) de 9 de diciembre de 1948.

internacional humanitario cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991<sup>102</sup>. En situación similar se encuentra la eventual ejecución de un detenido, en violación de una norma internacional, como es la Convención, configurando la violación delictiva de una norma internacional, que acarrea por tanto la responsabilidad penal internacional.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se refiere a la situación planteada, porque consideró que la Comisión no pretendía que se absuelva la interrogantes que surgen de tal hipótesis<sup>103</sup>, en la Opinión Consultiva OC-14 establece los criterios que fundamenta lo antes expresado.

## 6. CONCLUSIONES

Si bien a lo largo del presente trabajo hemos arribado a algunas conclusiones previas, las que se formulan en el presente acápite están vinculadas específicamente con lo que fue materia de la opinión consultiva que comentamos.

6.1. La aprobación de una norma mediata, contraria al orden jurídico interamericano, como es el caso del artículo 140 de la Constitución peruana de 1993, genera la responsabilidad internacional del Estado. Y es exigible por cualquier Estado parte en la Convención. Asimismo, la eventual modificación del Código Penal peruano, disponiendo la aplicación de la pena de muerte por causales no previstas en la Constitución de 1979, generaría también la responsabilidad internacional del Estado. Y sería igualmente exigible por cualquier Estado parte en la Convención. Igualmente, la ejecución de la pena de muerte daría lugar también a la responsabilidad internacional del Estado, a ser determinada –llegado el caso–, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que podría disponer el pago de una reparación a los familiares de las víctimas.

6.2. El individuo es responsable por delitos que constituyan violación de normas internacionales, y por lo tanto, pasible de sanción. En consecuencia, quienes aprueben, sancionen o apliquen la pena de muerte amparándose en el artículo 140 de la Constitución peruana de 1993, en tanto manifiestamente violatorio de la Convención Americana y en circunstancias que configuren cri-

102. *Ibid.*, párr. 55.

103. *Ibid.*, párr. 56 *in fine*.

men internacional que viole normas de derechos humanos –como el genocidio, "apartheid", tortura, desaparición forzada de personas–, o de derecho internacional humanitario, podrán ser considerados como responsables internacionalmente, y juzgados por los tribunales de cualquier Estado parte en los tratados que tipifican tales crímenes, en cuyo territorio fuesen habidos, o por un tribunal internacional que se establezca para juzgar dichos crímenes.

Lima, Setiembre de 1996.