
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

HÉCTOR GROS ESPIELL.

Ex Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de la República
Ex Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Montevideo
Miembro Académico de la Universidad de Montevideo

I

El tema de la responsabilidad del Estado en relación con los sistemas existentes, tanto a nivel universal como regional¹, en materia de protección internacional de los derechos humanos, es una cuestión de trascendental importancia para comprender lo que han sido y son estos sistemas de protección, de su naturaleza, fundamentos, eficacia y limitaciones. Este asunto ha generado un interés muy grande en la doctrina², y la práctica internacional y la jurisprudencia han contribuido a precisar sus caracteres.

La aplicación de la teoría y de la práctica de la responsabilidad internacional a los casos violación de los derechos humanos, en especial como consecuencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) y de la elaboración jurisprudencial y doctrinaria basada en estos dos textos, significó una nueva conceptualización de muchos aspectos de la responsabilidad internacional, cambiando, para su aplicación al Derecho de los Derechos Humanos, criterios tradicionales, en cuanto a las obligaciones de los Estados, cuya violación apareja responsabilidad y las conductas de sus agentes de jure o de facto - de cualquier tipo o naturaleza - cuyos actos, imputables al Estado, generan responsabilidad³.

No es el objeto de este trabajo analizar los nuevos enfoques a la teoría de la responsabilidad del Estado que ha aportado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sólo queremos señalar el punto, sin duda de importancia capital.

¹ Héctor Gros Espiell, *Universalismo y Regionalismo en Materia de Protección Internacional de los Derechos Humanos*, en *Estudios de Derechos Humanos*, Vol. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica de Venezuela, San José-Caracas, 1985.

² Hay que citar, desde el inicio, la obra de Asdrúbal Aguiar Aranguren, «Derechos Humanos y la Responsabilidad Internacional del Estado», Editorial Monte Avila, Caracas 1997, que había sido precedida de varios trabajos monográficos del autor sobre el tema, en especial el titulado «La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de Derechos Humanos» (Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, enero - febrero 1993 y Revista de Derecho Público, N° 53 - 54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993). Hay que agregar la obra de Fernando Urioste Braga, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, Faira Editor 2002. A la extensa bibliografía que ellos citan, y a los trabajos generales sobre la responsabilidad internacional del Estado, habría que agregar: Eduardo Jiménez de Aréchaga en el «Manual de Derecho Internacional Público» de Max Sorensen, FCE, México 1985; en el «Derecho Internacional Público», Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991 y en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, publicado en español en Madrid en 1980 con el título «El Derecho Internacional Contemporáneo», Editorial Tecnos, Cap. X, «La Responsabilidad Internacional». En su evolución hasta llegar a la situación actual, con tantas diferencias con el Derecho Internacional Clásico, podrían agregarse los trabajos de Karl Zemanek, *Responsability of States*, en Bernhardt (ed) *Encyclopedia Of Public International Law*, 10, 1987, (cap. International Crimes); K. Marek, *Criminalizing State Responsibility*, *Revue Belge de Droit International*, Vol 14. (1978 - 1979); Theodor Meron (*On the Relationship between Settlement of Disputes Procedures and Remedies in Human Rights Treaties and other Procedures and Remedies*); Georges Perrin (*Le problème de la faute dans la responsabilité internationale de l'Etat*); Christians Tomuschat (*Some Reflection on the Consequences of a Breach of an Obligation under International Law*), en *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Festschrift für Dietrich Schindler, Verlag Helbing & Lichtenhanhn, Basel/Frankfurt, 1989. Y con referencia a la violación de los Derechos Humanos: Rodolfo Mattarollo, *Responsabilidad por Violaciones de los Derechos Humanos y la Obligación de Indemnizar según el Derecho Internacional*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1991; Mónica Pinto, *Responsabilidad Internacional por la Violación de los Derechos Humanos y los Entes no Estatales*, Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, cit., Tomo II. Véase, asimismo, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, Informe 47/96, págs. 151 y siguientes.

³ Véase, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 170 - 173 (págs. 70-71)

Pero esta forma de encarar la protección internacional de los Derechos Humanos, que ha sido la manera de enfrentar la materia desde que se inició el proceso de su regulación convencional internacional con el Tratado de Roma en 1950, relativo a la cuestión en el marco del Consejo de Europa, con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1966⁴, y con la Convención Americana de Derechos Humanos (pacto de San José) en 1969, y que ha tenido una significación enorme en el proceso abierto y progresivo para defender y garantizar internacionalmente los derechos de la persona humana, no agota las posibilidades y las formas a que puede recurrir el Derecho Internacional para asegurar, mejorar y ahondar esta protección.

En efecto, el actual sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, coadyuvante, subsidiario, o complementario de la protección interna, se basa en la responsabilidad de los Estados por la violación de sus deberes de respetar estos derechos y de imponer y asegurar las condiciones que hagan posible ese respeto, de acuerdo con lo dispuesto con los tratados en vigor⁵. Es una responsabilidad que puede nacer de un hacer de cualquier autoridad, funcionario, agente o persona, integrante, de jure o de facto, del aparato estatal o de una omisión de cualquier naturaleza u origen, del deber del Estado de hacer respetar y asegurar las condiciones para que ese respeto sea efectivo, general y no discriminatorio⁶.

Esto sin perjuicio, en el caso de la Convención Americana, enunciado de manera expresa, de que cuando se decide que hubo violación de un derecho o libertad protegida, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización (art. 63)⁷.

Esta responsabilidad no es de naturaleza penal⁸. No busca la sanción y la penalización de las personas, de los individuos, que materialmente realizan la violación del o de los Derechos Humanos conculcados. Está dirigida, como dice claramente el artículo 63 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: a garantizar el ejercicio de los derechos violados, y si ella fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización⁹.

Esta responsabilidad del Estado, por obvia aplicación de un principio general, no se individualiza sólo en el gobierno o respecto de las autoridades, agentes o ejecutores de hechos o actos jurídicos del gobierno durante cuyo ejercicio se cometió la violación¹⁰. Se imputa siempre al Estado, a la persona jurídica Estado, que continúa invariablemente en el tiempo, cualesquiera que sean los cambios gubernamentales, aunque el gobierno sea otro, distinto, incluso opuesto política o ideológicamente a aquel durante el que se conculcaron los Derechos Humanos, en virtud del principio fundamental de la continuidad del Estado y de la diferenciación de los conceptos de Estado y Gobierno.

⁴ Héctor Gros Espiell, La Adopción en 1966 de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y del Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos, Recuerdos y Reflexiones, en Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Tomo XIII, Madrid 1997.

⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. 1 y 2; Convención Europea, art. 1, Véase: Julio Barberis, Una Reflexión sobre el Art. 1, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Vol I, Bruylant, Bruxelles, 1997.

⁶ Alejandro Montiel Argüello, Los Sujetos de las Violaciones de los Derechos Humanos, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, cit., Tomo I, pág. 879.

⁷ Convención Americana, Art.2, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc/6; Eduardo Jiménez de Aréchaga, La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno, en Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, FCU, Montevideo, 1988.

⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, dijo: "134. En efecto, la protección internacional de los Derechos Humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones" (pág. 51). En la Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, la Corte dijo: "56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecida por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la 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 Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 170; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 179). Si constituyese, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual. Pero la Corte entiende que la Comisión no pretende que se le absuelvan las interrogantes que surgen de esta hipótesis." En otro párrafo reiteró el mismo concepto y agregó: "En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos" (El tema está encarado en los párrafos 53-56)

⁹ Convención Europea art. 50.

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988: "184. Según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, consecuentemente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los Derechos Humanos aunque desde un punto de vista ético o político la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en que las violaciones se produjeron" (pags. 75-56).

II

El Derecho Penal Internacional ha tenido un proceso de lento desarrollo en el Siglo XX, caracterizado por la muy fuerte influencia de factores políticos, su carácter polémico y por la incapacidad de la Comunidad Internacional hasta hace muy poco tiempo, para crear un sistema jurídico general, justo y eficaz ¹¹.

Si tomamos como punto de partida los artículos 227-230 del Tratado de Versalles, relativos a la responsabilidad del Káiser Guillermo II por las violaciones delictivas del Derecho Internacional que estuvieron en el origen y en el desarrollo de la Primera Guerra Mundial, artículos que no pudieron ser aplicados por la negativa del Gobierno de los Países Bajos a conceder la extradición ¹², la etapa siguiente estuvo constituida por los juicios de Nuremberg y Tokio, luego de la Segunda Guerra Mundial, - ejemplo de justicia de los vencedores, - para hacer efectivas las responsabilidades penales de algunos dirigentes alemanes y japoneses por graves crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz sin localización geográfica determinada ¹³.

Las Naciones Unidas iniciaron luego el largo y difícil proceso para instituir una Corte Penal Internacional y para elaborar un código de delitos contra la paz y contra la humanidad. Ese proceso, sumamente interesante desde el punto de vista teórico, no ha podido culminar plenamente aún ¹⁴, aunque ya ha logrado un significativo avance con el establecimiento de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma.

Los hechos políticos ocurridos en la ex Yugoslavia y en el Africa Central, particularmente en Ruanda, a partir de 1991, llevaron a la creación por las Naciones Unidas, no por vía convencional, sino por medio de resoluciones del Consejo de Seguridad - resoluciones 808 (1993) y 955 (1994) - adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, de sendos Tribunales Penales Internacionales para juzgar las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia y en el territorio de Ruanda ¹⁵.

A esto siguió la adopción del Estatuto de Roma de creación de un Tribunal Internacional General. Este Estatuto, cristalizado en un tratado multilateral firmado y ratificado por una gran mayoría de los miembros de la Comunidad Internacional, aunque no por Estados Unidos, China e Israel entre otros Estados, ya está en vigencia..

El Tribunal se ha constituido y comenzado a actuar.

III

La protección internacional de los Derechos Humanos se caracteriza por su progresividad.

Avanza lentamente en su esfuerzo para asegurar por medio de esa progresión la mejor protección internacional de los Derechos Humanos, para universalizarla, para que el Estado esté sometido al Derecho Internacional, y para superar nociones obsoletas relativas al dominio reservado y a la soberanía. Avanza para lograr la armónica coordinación de la protección internacional de tipo universal, según los diferentes regi-

¹¹ A pesar de diversas iniciativas, de los textos redactados por comisiones de las Naciones Unidas, en 1951 y 1954 y de los proyectos posteriores elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, considerados por la Asamblea General en los últimos años, y en especial en 1997, no se ha logrado aún la adopción de ningún tratado creando una Corte Penal Internacional y estableciendo un Código de Delitos y Crímenes Internacionales. Sólo se han obtenido resultados parciales con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

¹² S. Glueck, *War Criminals, Their Prosecution and Punishment*, 1948; H. Lauterpach, *The Law of Nations and Punishment of War Crimes*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944.

¹³ Declaración de Moscú sobre los Crímenes de Guerra (30/XI/43) y Tratado entre Gran Bretaña, Estados Unidos y la URSS del 8 de agosto de 1945; Hans - Heinrich Jescheck, *Nuremberg Trials*, in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public Law*, Instalment 4, 1982; Bert V.A. Röling, *Tokyo Trial*, in Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public Law*, Instalment 4, 1982; Michel Dobkine, *Crimes et Humanité*. Romillat, París, 1992; Jean Marc Vautour, *Le Procès de Nuremberg*, Pluriel, París, 1992; Frederick Berg, *El Proceso de Nuremberg*, Buenos Aires 1947; Vicente Gimeno Sendia, *La Experiencia de los Juicios de Nuremberg y la Necesidad de Crear un Tribunal Penal Internacional*, *La Ley*, Revista Jurídica Española, Año XIX, N° 4457, 14 de enero de 1998.

¹⁴ Jean Graven, *Principes Fundamentaux d'un Code Représentatif des Crimes contre la Paix et la Sécurité de l'Humanité*, Genève, 1950; Vespasian Pella, *Une Cour Penale Internationale* (A/CM.4/39); Cherif Bassione, *International Criminal Law*, Sittthoff & Noordhoff, 1980; Héctor Gros Espiell, Gilberto Amado y la Jurisdicción Penal Internacional, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Río, 1987; Edmundo Vargas Carreño, *Una Corte Penal Internacional*, Aproximación a un Proyecto de Estatuto Preparado por la Comisión de Derecho Internacional, en: *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., San José, 1994.

¹⁵ Bruna Molina, *The Establishment of an International Criminal Tribunal*, en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles 1997, Vol I; María del Luján Flores, *La Corte Penal Internacional: Utopía o Realidad*, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, cit., Vol. I; Michel Mercier, *Crimes sans Chatiment*, Ex Yugoslavia, 1991 -1993, Bruylant, Bruxelles, 1994; Jean -Francois Duparquier (ed), *La Justice Internationale face au Drame Rwandais*, Karthala, París 1996; Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente, Università di Roma La Sapienza - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996.

menes existentes en la familia de las Naciones Unidas y la protección internacional regional, en los casos que ella exista, como en Europa, América y África.

Ha avanzado, asimismo, para profundizar y mejorar el sistema actual basado en la aplicación y adaptación a la cuestión de los Derechos Humanos, de los principios de la responsabilidad internacional del Estado.

Pero estos avances, - expresión de la progresividad que, repetimos, caracteriza la materia de los Derechos Humanos, su defensa y protección desde el punto de vista internacional -, no impiden que se busquen otros caminos u otras formas internacionales complementarias de protección. Por el contrario, impulsan a pensar en otras vías y en otros criterios.

La progresividad obliga a hacer un balance de los progresos y a evaluar si el camino recorrido es el único o si, por el contrario, puede ser útil buscar otras sendas distintas, que profundicen y hagan más eficaz la protección.

Es evidente que la manera tradicional de encarar la protección internacional de los Derechos Humanos, en base a la aplicación de los principios de la responsabilidad internacional, debe mantenerse. Es una forma correcta de enfrentar la cuestión. Ha producido resultados muy positivos y debe seguir siendo aplicada, ampliada y profundizada, es decir mejorada ¹⁶.

¿Pero es suficiente? ¿Puede decirse hoy, luego del ejemplo de lo ocurrido en Ruanda, en Burundi, en el Congo, en muchas partes de la ex Yugoslavia y también en otros continentes, que esta forma tradicional alcanza como respuesta internacional al tema de las violaciones de los Derechos Humanos?

Evidentemente no.

La creación de los Tribunales Internacionales, por el Consejo de Seguridad, para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda es ya una manifestación inicial, limitada, parcial, circunscripta y provisional, de la respuesta general que se impone y que todo hace pensar que habrá de venir en los próximos años, fundada en fórmulas de naturaleza convencional.

A este progreso inicial se ha sumado posteriormente la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo carácter general y su fundamento convencional mejora y desarrolla las fórmulas iniciales elaboradas para los casos de la ex Yugoslavia y de Ruanda.

Pero, lamentablemente, aunque con vocación universal y general, el Estatuto de Roma no tiene todavía esa deseable vigencia realmente universal. La no ratificación, entre otros Estados, de los Estados Unidos, de China y de Israel, limita y relativiza su importancia.

IV

La responsabilidad del Estado debe ser complementada con la responsabilidad penal internacional, en ciertos casos, de los autores de determinadas violaciones, particularmente graves y trascendentes, de los derechos humanos.

La impunidad penal internacional de los criminales que han atentado contra los Derechos Humanos, como ejecutores materiales de las violaciones, no debe ni puede ser nunca un criterio y menos aún un principio internacional. Estos criminales, que naturalmente deberían, en principio, ser siempre castigados por el Derecho interno, no deben poder regocijarse si este castigo no se produce, si el Estado es omiso o reticente en cumplir su deber penal o si la autoridad estatal no existe, es inoperante o ineficaz. No deben esos criminales impunes, contemplar como la cuestión se reduce al pago de una indemnización a las víctimas por parte del Estado, cuando el asunto llegue a ser objeto de una decisión internacional.

Esta forma parcial, organizada sólo en base de la responsabilidad internacional del Estado, de encarar el tema de las consecuencias de las violaciones de los Derechos Humanos, fomenta además dichas violaciones, ya que los agentes, funcionarios o personas que las cometen -, a veces ejecutando órdenes, a veces por propia iniciativa, a veces como parte de una política - saben que si escapan, o si no se produce su juzgamiento interno - no siempre posible, fácil ni positivo -, no serán objeto de responsabilidad penal individual internacional y escapan así a todo castigo personal.

Naturalmente, pensar, elaborar y lograr la entrada en vigencia de este nuevo régimen internacional - que necesariamente deberá tener base convencional - no será fácil. Habrá que remover obstáculos políticos, jurídicos y mentales. El proceso ha comenzado, pero deberá ser culminado.

¹⁶ Antonio Cançado Trindade, *Consolidação e Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, cit., Vol. I.

Será preciso adoptar, por un tratado multilateral, en el marco de las Naciones Unidas, un Código de Delitos contra la Paz y la Humanidad, capaz de encarar la situación general que planteamos.

La creación de la Corte Penal Internacional, por el Estatuto de Roma, con la tipificación de delitos que casi siempre constituyen violaciones de Derechos Humanos es un muy importante paso hacia adelante.

Pero además de luchar para lograr la verdadera y total universalidad de la aplicación de este Tratado, será necesario generalizar y sistematizar todo lo relativo a la responsabilidad penal internacional por violación de los Derechos Humanos.

V

En el actual Derecho de Gentes la protección internacional de los Derechos Humanos, fundada en la responsabilidad del Estado, es subsidiaria de la protección interna.

Si el Estado no respeta los Derechos de la persona humana y no garantiza su libre y pleno ejercicio, y, ante su violación, no ha actuado para que la conculcación cese y se reparen las consecuencias de los actos o hechos ilícitos cometidos, habiéndose agotado los recursos de jurisdicción interna (art. 41, 1, c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)¹⁷, se abre la posibilidad de la protección internacional, sea de carácter universal o regional.

Este elemento de subsidiariedad de la protección internacional respecto de la protección interna es caracterizante de la situación actual del Derecho Internacional.

En el caso de la responsabilidad penal individual de carácter internacional, por los delitos tipificados en el Estatuto de Roma, la jurisdicción internacional será complementaria de la jurisdicción interna.

Estos mismos criterios, subsidiariedad o complementariedad, inteligentemente adoptados, habrán de ser recibidos y regulado, cuando se elaboren el o los instrumentos generales relativos a la responsabilidad penal internacional de carácter individual y personal por la violación de los Derechos Humanos. En efecto esta responsabilidad, por lo menos en su primera o inicial expresión, teniendo en cuenta la evolución progresiva que habrá de sufrir, tendrá que ser subsidiaria o complementaria y posterior del castigo penal por el Derecho Interno de los sujetos activos, de esas violaciones. Sólo si esa acción punitiva estatal no se realiza, y luego de haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna para lograr el objetivo de la sanción penal, se habrá de poder recurrir a la jurisdicción penal internacional.

Naturalmente la experiencia que resulta de los más evolucionados y mejores instrumentos internacionales actuales en la materia (como es el caso, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 y 46), de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la doctrina más reciente, demuestra que hay que asegurar que la protección penal internacional no resulte una ficción y que sea capaz de actuar, cuando el Estado no ha podido o no ha querido sancionar penalmente a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos, por incapacidad política, por complicidad, por retardo, por omisión o por la inexistencia de adecuadas normas internas.

VI

El Derecho Internacional conoce ya diversos instrumentos que han calificado o tipificado conductas o acciones que constituyen violaciones de derechos humanos como crímenes o delitos internacionales.

Tal es el caso de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y en vigor desde 1951) y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas (adoptada en 1984 y en vigor desde 1987).

Existen asimismo instrumentos internacionales, en el ámbito de las Naciones Unidas, respecto de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Convención de 1968, en vigor desde 1970) y a los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General del 3 de diciembre de 1973).

¹⁷ Antonio Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983 y los numerosos trabajos posteriores del autor sobre el tema, algunos de los cuales están citados en el trabajo referido en la nota 16 (págs. 160 - 166).

El Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional ha tipificado algunas conductas criminosas o delictivas que constituyen violaciones de los Derechos Humanos, como crímenes y delitos internacionales sometidos - sin perjuicio de las competencias sancionadoras del Derecho Interno - a una jurisdicción penal internacional.

Pero nada más. Es un avance muy importante, pero que debe ser complementado por un sistema general de responsabilidad penal internacional por la violación de Derechos Humanos.

En el sistema regional americano la situación es la siguiente.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, abierta a la firma en 1985 y en vigor desde 1987, obliga a los Estados partes a prevenir y sancionar la tortura (arts. 1 y 6), califica a la tortura como delito (arts. 2, 3 y 13), que los Estados partes deben tipificar en su Derecho Interno (art. 9), regula todo lo relativo al régimen jurídico relativo a la tortura (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 y 11), a la jurisdicción punitiva (art. 12) y al funcionamiento de la extradición (arts. 13 y 14). Pero no se crea un órgano encargado de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados partes y sólo existe un vago y genérico deber de informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 17).

Esta Convención Interamericana no califica a la tortura como crimen o delito internacional y, naturalmente, no contiene nada relativo a la responsabilidad penal internacional, ante un órgano jurisdiccional internacional, de los torturadores.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, fue abierta a la firma en 1994 y entró en vigor en 1996.

El fenómeno de las desapariciones forzadas constituye «una forma compleja de violación de los derechos humanos». Estas desapariciones han sido calificadas «como un delito contra la humanidad», como «un crimen de lesa humanidad»¹⁸.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos usó estas expresiones, en 1986, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas no había sido aún elaborada y ni siquiera proyectada. Sin duda, las sentencias de la Corte en los tres casos sobre Honduras mucho influyó para que la Convención se proyectara, se elaborara, se adoptara, se abriera a la firma y se ratificara.

La Convención califica la desaparición forzada de personas como «un crimen de lesa humanidad».

Pero la Convención somete la sanción de los autores, cómplices y encubridores de este delito a la jurisdicción del Estado (art. I, b), considerándose delitos en cualquier Estado parte (art. IV), enumerándose las medidas que los Estados partes deberán adoptar para establecer su jurisdicción (art. IV, a, b, c). Asimismo determina que no será considerado delito político y que en consecuencia cabe la extradición (arts. V y VI). La acción penal y la pena en este delito no estarán sujetas a prescripción (art. VII). No se admite la eximente de obediencia debida (art. VII) y los presuntos responsables sólo pueden ser juzgados por la jurisdicción común, con exclusión de los militares (art. IX). No procederá invocar circunstancias excepcionales como el estado de guerra, amenaza de guerra, o cualquier otra emergencia pública (art. X).

Las denuncias por desapariciones forzadas se procesarán ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. XIII y XIV).

Pero al igual que en el caso de la Convención sobre la Tortura, no hay ningún atisbo de una posible jurisdicción penal internacional para juzgar este «crimen de lesa humanidad». Y si en virtud del no ejercicio o ejercicio defectuoso de la jurisdicción interna, él o los criminales quedan impunes, sólo habrá la posibilidad de una petición ante la Comisión Interamericana que, en el mejor de los casos, canalizará el asunto por la vía que conduce a la responsabilidad internacional del Estado y que deja a los delincuentes al margen y libres de toda sanción penal.

Plantear la situación es comprender las terribles y negativas consecuencias del sistema interamericano actual.

VII

El Derecho Penal Internacional ha llegado ya, de una manera parcial y limitada, a calificar como crímenes o delitos generadores de responsabilidad penal internacional a ciertas conductas delictivas vinculadas con la paz, con las acciones bélicas y con actividades que afecten a los deberes ante la Humanidad.

Esta consideración tiene hoy una base convencional en cuanto al castigo de delitos y en cuanto al órgano internacional que ha de juzgarlos. Pero aún teniendo en cuenta que esas conductas se relacionan necesaria-

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velázquez Rodríguez, Sentencia 29 de julio de 1988, párrafos 149 - 158, págs. 60 - 66.

mente con violaciones de Derechos Humanos, es evidente que no toda violación tales Derechos, declarados y protegidos como tales por el Derecho Internacional, podrá dar origen actualmente a una responsabilidad penal internacional, individual y concreta, de quienes realizan o ejecutan esas violaciones

VIII

Es así que no toda violación de los Derechos Humanos está hoy en la base de una responsabilidad penal internacional. Hay que trabajar para lograr el objetivo de que se generalice y complete el sistema internacional penal respecto de las violaciones de los Derechos Humanos.

Pero eso, sin perjuicio de señalar desde ya la vinculación entre un sistema de protección internacional de los Derechos Humanos, basado en la responsabilidad internacional del Estado y otro fundado en la responsabilidad penal individual internacional de quienes realizan materialmente esas violaciones, es necesario tener conciencia de que es posible que coexistan en base a una superposición completa. No puede pensarse, que toda violación a los Derechos Humanos ha de dar origen a un caso de responsabilidad penal individual de carácter internacional. Pero a la inversa, es claro que muchas violaciones muy graves generarán una responsabilidad internacional del Estado y además una responsabilidad penal, también internacional, pero individual, respecto de las personas que como funcionarios, agentes o a cualquier título, de jure o de facto, las cometieron.

Lo que hay que estudiar desde ahora es la forma general de relacionar ambos sistemas, de distinguirlos y de armonizar su coexistencia, teniendo en cuenta el gran progreso y los aportes derivados de la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Es un tema que planteará análogas, y posiblemente mayores, dificultades e interrogantes que los que en las décadas de los cuarenta y cincuenta generó la organización actual, existente a nivel universal como regional, para proteger los Derechos Humanos.

Este desafío, político, intelectual y jurídico, es necesario enfrentarlo para encarar el requerido progreso. Eso es lo que queremos provocar. Es un asunto difícil, tanto en lo jurídico como en lo político. Obligaré a pensar fórmulas nuevas e innovadoras y a proyectar nuevos textos, tanto en el ámbito universal como en los sistemas regionales.

La complementariedad, adecuadamente organizada por el Derecho Internacional, de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad penal internacional individual, es uno de los desafíos a que nos enfrentamos hoy, si queremos alentar y acelerar la progresividad y la mejor y creciente eficacia de la protección internacional de los Derechos Humanos, en base a ineludibles criterios de justicia.

Este nuevo enfoque ha de llegar. No sólo para complementar el sistema actual, sino para que la inmoral impunidad de los grandes violadores de los derechos humanos que es, en los hechos, una triste realidad, deje de existir.

El enfoque ético y la consideración del necesario efecto preventivo de la sanción penal internacional terminarán por imponerse.

Montevideo, diciembre de 2003.