

# El aporte del derecho internacional de los derechos humanos a la constitucionalización del derecho post 1945

International Law on Human Rights contribution  
to constitutionalization of law after 1945

JOSÉ BURNEO L.\*

**Resumen:** El artículo toma como punto de partida la relevancia del proceso de constitucionalización del derecho desarrollado luego de 1945, los fundamentos que consagra y sus principales características. Este proceso se enmarca en la vigencia de los derechos humanos que se enarbolan, como el rechazo a la impunidad respecto de violaciones graves de derechos humanos, el respeto al debido proceso, la integralidad de los derechos humanos, el respeto a los pueblos indígenas y los límites del Estado de excepción. Finalmente, mediante el análisis del control de convencionalidad, el autor resalta la importancia de los órganos jurisdiccionales en el efectivo cumplimiento de las normas constitucionales y supranacionales suscritas por los Estados.

**Palabras clave:** derecho internacional – derechos humanos – constitucionalización del derecho – institucionalidad internacional

**Summary:** This article base line bears on the relevance of the process – developed after 1945– of law’s constitutionalization, its foundations established and main characteristics. This process is framed by Human Rights fully implementation, such as rejection of impunity concerning serious human rights violations, respect to due process, the integrality and indivisibility of human rights, also respect to indigenous people and limits to state of emergency. Finally, through reviewing laws for compliance, the author highlights the importance of jurisdictional bodies for an effective fulfillment of constitutional and supranational rules signed by the States.

**Key words:** international law – human rights – constitutionalization of the law – international institutionality

---

\* Profesor asociado del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Abogado por la PUCP. Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Postgrado (D.E.A.) en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Católica de Lyon (Francia). Ejerció como abogado de asuntos de derechos humanos ante autoridades nacionales y antes los sistemas internacionales de derechos humanos, trabajando en instituciones privadas vinculadas a la Coordinadora Nacional de Derecho Humanos (Perú). Se desempeñó luego como jefe del Equipo jurídico de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. En el Estado se ha desempeñado, en los años 2004-2006 (julio) y 2011 (agosto)-2012, como secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Derechos Humanos, presidente de la Comisión Nacional sobre Derecho Internacional Humanitario, director (e) de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia. Enseña en la PUCP y otras universidades los cursos de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Autor de diversas publicaciones sobre los temas de su especialidad. Correo electrónico: jaburneo@pucp.edu.pe

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA POLÍTICA INTERNACIONAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.- III. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.- IV. LA INSTITUCIONALIDAD INTERNACIONAL QUE PROMUEVE EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.- V. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del derecho nacional o interno de los Estados es un proceso de extraordinaria importancia jurídica y política en el mundo contemporáneo. Conlleva, entre sus efectos principales, una mejor protección de los derechos de las personas y un límite al poder estatal, gracias a la intervención de la magistratura nacional de los países donde este proceso se viene desarrollando.

Si bien su origen, en algunos países, se remonta al término de la Segunda Guerra Mundial en 1945, caso singular de Alemania, este proceso se hace particularmente visible en el ámbito internacional en la medida en que desaparecen de la escena política mundial los regímenes políticos autoritarios que existían en muchos países del mundo en el contexto de la Guerra Fría (1945-1992)<sup>1</sup>, pero adquiere un mayor alcance desde el término de esta «guerra» singular. En efecto, este hecho político capital, con el cual concluyó el siglo XX<sup>2</sup>, permitió que dicho proceso se desarrollase en los países de Europa central y euroasiáticos que integraban la esfera de influencia de la hoy extinta URSS. La perspectiva de los derechos humanos —en sentido estricto desde el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, también, DIDH)— no podría estar ausente de una reflexión comprensiva del proceso de constitucionalización del derecho y de las características que ha ido adquiriendo en los diversos países. Creemos que la incorporación de esta perspectiva puede aportar y enriquecer la reflexión que se viene produciendo, y ese es el objetivo del presente ensayo.

En términos esquemáticos, de acuerdo con lo analizado por los teóricos del derecho y constitucionalistas, la constitucionalización del derecho tiene como sus fundamentos jurídicos, históricamente indisolubles, tres elementos. En primer lugar, la supremacía de la Constitución en cuanto norma efectivamente aplicable a casos concretos, por encima de toda otra norma, dejando de ser así únicamente una norma «programática». En segundo lugar, el control de constitucionalidad que ejerce, bajo diversas modalidades (acciones de garantía tales como *habeas corpus*, acción de amparo, acción popular, acción de inconstitucionalidad, etc.),

1 O'DONNELL, Guillermo, Philippe C. SCHMITTER y Lawrence WHITEHEAD (comps.). *Transiciones desde un gobierno autoritario*. Buenos Aires, Barcelona, México DF: Paidós, 1989.

2 HOBBSAWM, Eric. *Historia del siglo XX: 1914-1991*. Barcelona: Crítica, 1995, pp. 551-576.

la magistratura de los países concernidos, con el fin de viabilizar y asegurar la supremacía en cuestión. En tercer lugar, la incorporación constitucional de los derechos fundamentales del ser humano, cuyo respeto y garantía han devenido en obligaciones vinculantes para el Estado en todos sus niveles, más aún, según afirman algunos publicistas, fin supremo de este, así como en el factor principal de su legitimación ciudadana<sup>3</sup>. El resultado de este proceso es que, *inter alia*, dejan de existir «islas de poder estatal»<sup>4</sup> —llámense leyes impecablemente emitidas en el nivel formal por el Poder Legislativo, o decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo en todos sus niveles— que puedan impunemente violar los valores y principios reconocidos por la Constitución Política o Ley Fundamental del Estado.

Como ejemplos recientes de la desaparición de tales islas, pueden mencionarse las declaraciones judiciales de invalidez de leyes de amnistía o indultos relativos a graves violaciones de los derechos humanos. Regresaremos más adelante sobre estos dos casos. De esta manera, el Estado de derecho, a decir de muchos publicistas, se convierte, *strictu sensu*, en un Estado constitucional democrático de derecho, esto es, se encuentra sometido, más que a la ley, ante todo a la Constitución política del Estado o Ley Fundamental<sup>5</sup>.

Este proceso de alcance mundial y el contenido mismo de los derechos fundamentales tutelados por la magistratura nacional, sin embargo, no pueden entenderse si se adopta una perspectiva exclusivamente nacional o del derecho interno de cada Estado. Para que sea un proceso en curso en todo el mundo deben influir determinados elementos que operan en el plano supranacional, los cuales lo impulsan por doquier en todos los continentes. Esto nos remite necesariamente a considerar que la naturaleza del proceso tiene como uno de sus ejes centrales al nivel supranacional o internacional. Lo anterior no es óbice para postular que la realización concreta de la constitucionalización del derecho dependerá de las particularidades históricas de cada país.

Podría pensarse que el proceso post-1945 de constitucionalización del derecho tiene en el ámbito internacional tres grandes soportes o dimensiones: el primero se refiere al contexto político internacional y orden público internacional; el segundo, a los grandes principios

3 RUBIO, Marcial, Francisco EGUIGUREN y Enrique BERNALES. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 51.

4 LANDA, César. «La fuerza normativa constitucional en los derechos fundamentales». En Víctor BAZÁN y Claudio NASH (eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 37.

5 Sobre los antecedentes históricos de esta concepción, cf. GRÁNDEZ, Pedro. «Neoconstitucionalismos o el triunfo de la "lógica Hamilton"». *Jurídica*, Suplemento del diario oficial *El Peruano*, 383 (2011), p. 3.

jurídicos internacionales, incluidos de manera especial los relativos a los derechos humanos, que rigen la comunidad en todo aquello que tiene relación con la constitucionalización del derecho, y finalmente, el tercer gran soporte está dado por la institucionalidad internacional, que supervisa y promueve el respeto de los derechos humanos por los Estados, acción que tiene una relación directa con la constitucionalización del derecho.

A continuación nos vamos a referir a cada una de las tres dimensiones que se interrelacionan y retroalimentan, constituyendo lo que denominaremos el *eje político-jurídico-institucional internacional* que influye poderosamente en el actual proceso de constitucionalización del derecho nacional o interno de los Estados. Finalmente, abordaremos brevemente la dimensión interna de cada Estado y su relación con el desarrollo del proceso que estudiamos.

## II. LA POLÍTICA INTERNACIONAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

### II.1. El período histórico de las democracias en el siglo XIX y siglo XX (hasta 1945)

Como han señalado académicos del derecho constitucional, antes de 1945 no existía el proceso de constitucionalización del derecho que hoy en día conocemos. En efecto, los textos constitucionales que encontramos desde fines del siglo XVIII, a lo largo del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, fueron letra muerta a la hora de asegurar la igualdad de derechos de todo ser humano sin discriminación alguna. Cuatro ejemplos al respecto. Primero, la esclavitud continuó existiendo hasta la segunda mitad del siglo XIX y era legal en la mayoría de los Estados que habían proclamado o adherido más de medio siglo antes la igualdad ante la ley porque «todos los hombres son creados iguales [...] dotados [...] de ciertos derechos inalienables [...]»; entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad»<sup>6</sup>, esto es, que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»<sup>7</sup>. Segundo, los Estados europeos a lo largo del siglo XIX y hasta la década de 1960, si bien en el camino habían abolido la esclavitud, buscaban y mantenían colonias en el continente africano, asiático y en Oceanía, justificando la política colonial en la superioridad cultural-ética-religiosa de los países cristianos europeos<sup>8</sup>. Tercero, en

6 Declaración de Independencia de las Colonias británicas el 4 de julio de 1776. Preámbulo. Información consultada el 26 de agosto de 2013. En: <http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclaraUSA.pdf>.

7 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789. Artículo primero. Información consultada el 26 de agosto de 2013. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>

8 VARGAS LLOSA, Mario. *El sueño del celta*. Lima: Santillana, 2010.

Latinoamérica el racismo, o la discriminación racial en general, contra los afrodescendientes y población autóctona ha continuado vigente pese a que se constituyeron como Estados independientes a inicios del siglo XIX; algo semejante ciertamente ha ocurrido en Norteamérica. Cuarto y último ejemplo, la discriminación de la que ha sido víctima la mujer, común denominador en todos los países de nuestro planeta.

Estos elementos que esbozamos—y que en determinados aspectos existen hasta la actualidad— fueron legitimados tempranamente no solo por los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, sino por el derecho internacional que nació con la era moderna en el siglo XVI. En efecto, uno de los fundadores del derecho internacional, el sacerdote dominico español Francisco de Vitoria, establecerá tempranamente algunos de sus rasgos principales que sustentarán el esclavismo y el colonialismo durante siglos<sup>9</sup>. Según Vitoria, los Estados civilizados y, en la especie, históricamente entonces solo europeos, componen la sociedad o comunidad internacional. Tienen, bajo ciertas condiciones que cada Estado soberanamente evaluará, el derecho de iniciar guerras justas (*jus ad bellum*), y subsecuentemente el derecho de conquista, incluida la explotación de los bienes conquistados y del enemigo mismo. Existiendo simultáneamente Estados no cristianos o no civilizados, cuyos habitantes son seres humanos inferiores intelectual y moralmente, es conveniente para el progreso y desarrollo de tales Estados no civilizados, y la salvación de las almas de sus habitantes, que los Estados civilizados los tutelen y, de ser necesario los conquisten. Se proclaman así entre los derechos exclusivos de los Estados civilizados, susceptibles de ser defendidos mediante una guerra justa, el libre comercio, el libre tránsito, la libre instalación en esos territorios, el derecho a, de manera asimétrica, divulgar su ética y religión regeneradora y salvadora, y a convertir tales habitantes a la religión cristiana, pero no a la inversa: la herejía y falsas religiones eran perseguidas por la Inquisición<sup>10</sup>.

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945

INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

9 «C'est un juriste-théologien espagnol, Francisco de Vitoria, qui va paraphraser le texte des Institutes en substituant le mot gentes au mot homines (*inter omnes gentes*), ce qui paraissait s'accorder avec l'expression familière aux juristes romain du jus gentium: mais alors que celle-ci désignait en droit classique des règles applicables aux relations inter individuelles (*inter homines/homines*), elle désignera, après Vitoria, les relations entre les nations (gentes) et deviendra en français le droit des gens [*derecho de gentes*, en español], en anglais la law of nations».

El texto en latín según Vitoria será entonces como sigue: «quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium» (en español: «lo que la razón natural, entre todos los pueblos instituye, se denomina *derecho de gentes*»). Cf. Francois RIGAUD, l. cit. infra, p. 38. También, James BROWN. *El origen español del derecho internacional moderno*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1928.

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

Se instala así un orden público internacional desde el inicio de la Era Moderna cuyos rasgos centrales, que se mantienen con algunos cambios hasta la primera mitad del siglo XX, podemos resumir como sigue:

- a) Fue un orden público eurocéntrico u occidental, construido por y al servicio de los Estados pertenecientes al «círculo encantado» de las naciones «civilizadas»<sup>11</sup>.
- b) Los Estados civilizados —y, por regla general, cristianos— son los únicos sujetos del derecho de gentes o derecho internacional, lo cual excluye a las naciones no civilizadas, en general no cristianas. Los Estados, por otro lado, tienen una racionalidad propia que se expresa en la «razón de Estado», encarnan intereses colectivos superiores por oposición a los individuos, reivindican una identidad «nacional» y subordinan a los individuos que se reconocen como vasallos de, servidores de y sujetos de un Estado determinado<sup>12</sup>.
- c) Se reconoce el *jus ad bellum* (derecho a hacer la guerra), justificado por la concepción de la guerra justa —cada Estado soberano decide por sí y ante sí cuando debe iniciar la guerra justa—, como potestad soberana de los Estados frente a los otros Estados<sup>13</sup>.
- d) El Estado, en virtud de su soberanía y «dominio reservado», no debía dar cuenta a la comunidad internacional respecto de su comportamiento hacia sus súbditos ni respecto de los derechos y facultades a ellos reconocidos. Esta soberanía es incompatible con el reconocimiento de instituciones supranacionales que supervisen asuntos internos o que representen intereses de la comunidad internacional: *suprema potestas superiorem non recognoscens*<sup>14</sup>.

11 RIGAUX, F. «L'ordre juridique du «cercle enchanté» (*charmed circle*) des nations chrétiennes». Cf. François RIGAUX. «La notion d'ordre mondial (et d'un nouvel ordre mondial)». En *Mondialisation, mutations de sociétés et enjeux de justice*. Bruselas: Commission Justice et Paixasbl, 1999, pp. 40 y 41.

12 F. DE VITORIA, ob. cit, también MACHIAVELLO, 1525 *El Príncipe*. Santiago: Ercilla, 1937.

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

14 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 125.

- e) Existe la inmunidad e impunidad internacionales de los jefes de Estado y de otros órganos del Estado, justificadas en la teoría del «acto de Estado»<sup>15</sup>.
- f) La esclavitud (siglos XVI al XIX) y el colonialismo (siglos XVI al XX) son instituciones legítimas ética y jurídicamente, particularmente en relación con individuos y pueblos «no civilizados», lo que comporta la calificación de ciertas culturas, pueblos e individuos como superiores respecto de otras culturas, pueblos e individuos calificados como inferiores. Se sostiene así la conveniencia para los pueblos no civilizados de ser colonizados por los Estados civilizados<sup>16</sup>.
- g) La doctrina cristiana —tanto católica como reformada (protestante)—tiene un importante papel en la formulación de la ética pública y la justificación del orden eurocéntrico u occidental<sup>17</sup>.

Este orden público internacional, nacido con la modernidad (siglo XVI), estaba pues muy lejos del reconocimiento de los derechos inherentes a todo ser humano y a todo pueblo, y de la noción de una ciudadanía universal propios de la concepción contemporánea de derechos humanos. El orden público, empero, al no ser estático sino dinámico, y en el marco de la transformación incesante de las relaciones internacionales, no excluye posiciones divergentes minoritarias que pueden llevar a importantes modificaciones al devenir en poderosas corrientes de opinión, como lo fue la abolición de la esclavitud en el curso de siglo XIX, pero sin alterar radicalmente el orden público internacional ni, en definitiva, el interno. Derecho internacional y derecho nacional o interno de los Estados estaban entonces posicionados en la misma perspectiva.

Es pertinente recordar lo que escribió, ya en 1905, uno de los grandes publicistas de entonces (Lassa Francis L. Oppenheim): los «así llamados derechos humanos» no solo no gozan sino que no pueden

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945  
INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

15 Esta impunidad de los jefes de Estado y de los más altos responsables de crímenes internacionales se constató cuando hubo el intento fracasado de juzgar al ex emperador de Alemania por haber ejercido precisamente la potestad soberana estatal de hacer la guerra, el *ius ad bellum*: Holanda rechazó los pedidos de extradición por considerar que no existía entonces una norma previa incriminadora al respecto. En todo caso, entre los vencedores de la Primera Guerra Mundial, la delegación de los Estados Unidos se opuso al juicio del emperador durante la preparación del tratado de Versalles por la misma razón que luego alegraría Holanda. No obstante lo anterior, el tratado de Versalles (1919) estableció que se constituiría un Tribunal Internacional (artículo 227) para juzgar al *kaiser* Guillermo II. En segundo lugar, estableció el mismo tratado que se juzgaría penalmente a los responsables de crímenes de guerra (artículos 228-230), incluidos los más altos jefes militares, debiendo constituirse de ser necesario también un tipo especial de tribunal internacional para tales efectos. En cuanto al juzgamiento de otros altos responsables del imperio alemán, ningún criminal de guerra fue juzgado por los vencedores debido a la oposición del nuevo gobierno alemán.

16 Cf. SAID, Edward W. *Orientalismo*. Madrid: Libertarias, 1990.

17 Cf. RIGAU, I. cit., *ibid*.

gozar de protección alguna por parte del derecho internacional, «ya que este regula únicamente las relaciones entre los Estados y no puede reconocer derechos a los individuos»<sup>18</sup>. Cada Estado regulaba a su arbitrio los derechos de sus nacionales, lo que engendraba discriminaciones gravísimas por razones de raza, sexo, religión, ideas políticas, etc. En este contexto internacional y orden público internacional, pese a la existencia de textos constitucionales y de la «lógica Hamilton»<sup>19</sup>, no había condiciones favorables para que se desarrollara una constitucionalización del derecho defensora de los derechos fundamentales sin discriminación alguna.

## II.2. La Segunda Guerra Mundial y la necesidad de un nuevo orden público internacional

Luego de la gigantesca hecatombe humana —más de cuarenta millones de muertos en las estimaciones más bajas—, de atrocidades perpetradas en nombre de la supuesta superioridad de razas, culturas y pueblos —genocidio perpetrado por el Estado nazi contra los judíos, así como contra otras minorías o pueblos en Europa—, o por razones de Estado o por supuestas necesidades militares —bombas atómicas contra Hiroshima y Nagasaki—, la comunidad internacional decidió instaurar nuevas reglas de juego internacionales.

La humanidad —había consenso entre los vencedores— no podría repetir una experiencia como aquella vivida durante la Segunda Guerra Mundial, ni los errores y limitaciones que llevaron al fracaso la Liga de las Naciones, creada en 1919, luego de la primera hecatombe humana —ocho millones de muertos—, saldo de la Primera Guerra Mundial (1914-1919). Un nuevo fracaso podría significar una nueva conflagración mundial de impredecibles consecuencias.

Surge así en 1945 un nuevo orden público internacional basado en nuevos principios jurídicos internacionales que instituye o esboza la Carta de las Naciones Unidas, haciendo trizas postulados y principios jurídicos que habían regido, desde hacía más de 4500 años, las relaciones entre los pueblos, pero también al interior de los mismos Estados.

Este nuevo orden público genera nuevas ramas del derecho internacional público —lo que concierne a nuestro trabajo—, el DIDH y el derecho penal internacional. Por otra parte, produce la consolidación del derecho de refugiados—gestado en el período entreguerras— y del derecho internacional humanitario (denominado también en la época *derecho de la guerra*). Este nuevo ordenamiento jurídico internacional modifica

18 CARRILLO SALCEDO, Juan. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 12. OPPENHEIM, Lassa. *International law: a treatise*. Londres [u.a.]: Longmans, Green and Co., 1905.

19 GRANDEZ, Pedro. 2011, *Jurídica*, 383, p. 3.

y reformula sustantivamente, aunque sin suprimirlo, el principio de la soberanía estatal: en su dimensión externa mediante la ilegalización e incriminación del tradicional *jus ad bellum*, y en su dimensión interna al poner fin al dominio reservado y jurisdicción exclusiva del Estado sobre sus ciudadanos, los cuales paulatinamente serán objeto de protección internacional en caso de graves abusos que perpetre un Estado. Esta reformulación permite distinguir en adelante la noción de soberanía estatal clásica que imperó netamente hasta 1919, de la noción de soberanía estatal que instaura la Carta de las Naciones Unidas. Así es como incluso la doctrina disertará, desde el período entreguerras 1919-1939, sobre el derecho internacional (derecho de gentes) clásico para diferenciarlo del nuevo derecho internacional o derecho internacional nuevo que preanuncia el Estatuto de la Liga de las Naciones y el Tratado de Versalles en 1919.

Podemos reseñar los elementos esenciales del nuevo ordenamiento jurídico internacional post 1945, fundamentales para el constitucionalismo de todos los Estados del mundo, en las proposiciones que presentaremos a continuación.

- i) Ilegalización de la guerra de agresión y nueva noción de paz, calificándose aquella como un crimen internacional. De esta manera se criminaliza lo que había sido un derecho de los Estados desde sus orígenes en la Antigüedad, hace más de 4500 años<sup>20</sup>.
- ii) Los derechos humanos, entendidos como atributos universales basados en la intrínseca dignidad e igualdad de todos los seres humanos entre sí, en tanto norma jurídica internacional vinculante para todos los Estados y sociedades humanas, como un hecho nuevo en la historia humana, siendo su internacionalización una ruptura con la jurisdicción exclusiva y dominio reservado que ejercían sobre sus ciudadanos o súbditos los Estados, también desde la Antigüedad hace miles de años<sup>21</sup>.

20 Al aprobarse y entrar en vigor la Carta de las Naciones Unidas en 1945 (en adelante, también, la Carta), concluyó el proceso mediante el cual, luego de la Primera Guerra Mundial (1914-1919), se ilegaliza y se pone fuera de la ley a la guerra-crimen (Pella, 1926). Es de resaltar que, en el período entreguerras 1919-1939 se declaró fuera de la ley el *jus ad bellum*. De acuerdo con la Carta de la ONU, la paz es un bien jurídico internacional (artículo 1.1. de la Carta), y los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones entre ellos (artículo 2.4). La Carta, además, autoriza al Consejo de Seguridad para hacer la guerra en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o un acto de agresión («Capítulo VII: Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión»). En adelante, se considerará que existe una norma imperativa —*jus cogens*— que califica la guerra de agresión como un crimen internacional. De acuerdo con el derecho de Nuremberg, la guerra de agresión es un crimen internacional —crimen de agresión o crimen contra la paz— y los responsables de ella merecen una sanción penal. La resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, aprobada por unanimidad el 14 de diciembre de 1974, declaró la guerra de agresión un crimen internacional, lo que ha sido luego recogido en el Estatuto de Roma, con las limitaciones convencionales que establece el acuerdo de Kampala (2010).

21 La Carta reconoce «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de

- iii) Los derechos de los pueblos sin exclusión alguna, cuya soberanía y autodeterminación no pueden ser conculcadas por otro pueblo, lo que condujo inexorablemente al fin del colonialismo en la segunda mitad del siglo XX, luego, igualmente, de una práctica milenaria vinculada con el *jus ad bellum*. Además, en la última década de siglo XX se hizo explícito que la expresión *derechos de los pueblos* incluye también a los pueblos que existen al interior de los Estados independientes de toda dominación colonial<sup>22</sup>.

tales derechos y libertades» (artículo 55.c de la Carta de las Naciones Unidas). Se instituye de esta manera por primera vez en la historia humana un sistema de valores universales (BOBBIO, 1995, p. 564), trascendiendo religiones, doctrinas filosóficas y culturas, condensado en un texto *no sagrado*: la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este sistema universal limita el poder y la soberanía de los Estados respecto de los hasta entonces sus «sujetos», funda la injerencia de la comunidad internacional en los asuntos internos de los Estados a través de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, y, excepcionalmente, del Consejo de Seguridad en los casos que se afecten la paz y la seguridad internacionales. A ello contribuyen las dos nuevas ramas del derecho internacional que se constituyen luego de la Segunda Guerra Mundial —el derecho penal internacional, que emerge de Nuremberg, y el derecho internacional de los derechos humanos—, conjuntamente con el derecho internacional humanitario que se consolida en 1949, como expresiones jurídicas de una nueva ética pública internacional.

Contribuyen, también, la acción conjugada de las instituciones estatales, supranacionales y de la sociedad civil en general, vinculadas con los asuntos humanitarios. En el marco de las Naciones Unidas, se entiende que la paz se verá afectada no solo por la amenaza o el uso de la fuerza de acuerdo con el artículo 2.4 de la Carta, sino también por las violaciones graves a los derechos humanos y de los pueblos. Se afirma así en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que la paz tiene por base el respeto de los derechos allí enunciados (Preámbulo, primer párr.). Luego, en el Estatuto de Roma (1998), se codifican las normas consuetudinarias o de *jus cogens* mediante las cuales se sancionan como crímenes internacionales las graves violaciones a los derechos humanos y de los pueblos porque «constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad» (Preámbulo, tercer párr.). Las ideas anteriores —es necesario reiterarlo—, desde hace varias décadas han sido proclamadas por el Consejo de Seguridad en sus resoluciones respecto de situaciones existentes en diversos países.

<sup>22</sup> Existe como postulado del nuevo orden público internacional, además del ser humano, un segundo nuevo sujeto internacional: los pueblos, a los que se les reconoce sin distinción alguna el derecho a la autodeterminación (Carta de la ONU: artículos 1.2.; 55, primer párr., y 76.b). La autodeterminación—esto es, la descolonización del continente africano y de vastas regiones asiáticas—, no obstante las normas de la Carta, fue un proceso difícil y, en algunos casos, violento; el surgimiento de decenas de nuevos Estados constituye uno de los hechos políticos más importantes de la segunda mitad del siglo XX y cambió la correlación política al interior de las Naciones Unidas. Este derecho a la autodeterminación ha sido codificado en el artículo 1 común de los dos tratados universales de derechos humanos más importantes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ambos fueron aprobados el año 1966 y entraron en vigor el año 1976). Según estos dos tratados, «[t]odos los pueblos tienen derecho de libre determinación [...] establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural», poseen también la potestad de «disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales». Este es otro de los cambios importantes en el derecho de gentes, si se tiene en consideración la asimetría existente en el orden público clásico o moderno a partir de la noción de naciones civilizadas. No deben confundirse, empero, los alcances de este derecho a la autodeterminación que se reconoce a todo pueblo sujeto a dominación colonial —derecho a constituir un Estado independiente, etapa concluida en derecho internacional, salvo en el caso supérstite del pueblo Saharahuí— o sometido a ocupación o dominación extranjera —caso de Palestina—, con el derecho a la autodeterminación reconocida a los pueblos indígenas y tribales que pueden existir al interior de un Estado independiente. Véase al respecto lo establecido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), así como en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 61/295 de fecha 10 de diciembre 2007).

- iv) La sanción penal internacional de los crímenes de guerra, instituyendo por primera vez en derecho internacional la *jurisdicción universal*<sup>23</sup>.
- v) La sanción penal de los crímenes de lesa humanidad, de genocidio, y otras violaciones graves de derechos humanos, tanto mediante el ejercicio de la jurisdicción internacional como de la jurisdicción universal, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso. Estas sanciones históricamente novedosas, conjuntamente con las relativas a crímenes de guerra y el crimen de agresión, darán lugar al nacimiento de una nueva disciplina jurídica: el derecho penal internacional<sup>24</sup>.
- vi) Todo individuo es en el plano internacional penalmente responsable por la comisión de crímenes internacionales, derogándose las normas que otorgaban impunidad a los jefes de Estado y a otros altos funcionarios estatales. Asimismo, carecen de validez jurídica las normas que impidan dicha sanción penal internacional, tales como las relativas a la amnistía, la prescripción o el indulto<sup>25</sup>.

179

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945

INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

23 De acuerdo con el derecho de Nuremberg (1945), se considera crimen internacional la comisión de determinados actos violatorios de las leyes y costumbres del derecho de la guerra —*jus in bello*—, cometidos durante un conflicto armado internacional (CAI). Esto será luego reforzado mediante la aprobación de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, tratados que incluso autorizan la persecución o jurisdicción universal de las infracciones graves/crímenes de guerra durante un CAI. Ulteriormente, se establecerá en el Estatuto de Roma (1998) que también durante un CANI (conflicto armado no internacional) determinados hechos constituyen crímenes de guerra.

24 El derecho de Nuremberg innova y revoluciona el derecho de gentes clásico, al establecer que determinados actos cometidos contra la población civil propia o enemiga, en tiempo de paz o en tiempo de guerra, constituyen crímenes internacionales y acarrearán responsabilidad penal internacional de quienes fueren responsables, sean jefes de Estado, altos funcionarios, miembros de la sociedad civil o ejecutores directos. La innovación y revolución afecta la noción de soberanía e independencia estatal, de injerencia en asuntos internos, «acto de Estado» y «razón de Estado», inmunidad e impunidad internacionales de los jefes de Estado y de los más altos responsables, sean o no funcionarios. En efecto, sea a través de tribunales internacionales de justicia, sea a través de la justicia nacional de un Estado cualquiera en virtud de la jurisdicción universal, determinados actos son justiciables internacionalmente en sentido lato: el Estado ha perdido el «dominio reservado» sobre actos que afectan a sus «sujetos» o ciudadanos y debe aceptar la injerencia en sus asuntos internos de entidades extranjeras al Estado originalmente concernido. Esta injerencia, incluso tratándose de normas de *jus cogens*, se impone al margen de todo vínculo convencional. Los crímenes de lesa humanidad han sido codificados por el Estatuto de Roma (1998), y con anterioridad, desde 1948, fue codificado el crimen de genocidio según el tratado aprobado en dicho año. Lo anterior también es aplicable, en virtud de normas convencionales, a los casos de tortura y de desaparición forzada, incluso cuando no llegaran a constituir crímenes de lesa humanidad.

25 El caso del ex emperador de Alemania luego de la Primera Guerra Mundial, quien no pudo ser juzgado debido a que Holanda no concedió la extradición pese a lo establecido expresamente en el Tratado de Versalles (1919), fue el último caso en que se reconoció internacionalmente la inmunidad e impunidad de los jefes de Estado en ejercicio o que han cesado en sus funciones. En efecto, casi treinta años después, el juicio de Nuremberg (1945-1946) expresa el cambio operado, y en adelante no será reconocida internacionalmente la inmunidad-impunidad en cuestión. Así, medio siglo después, la Sala Penal de la Cámara de los Lores, en Inglaterra, declaró (1999) extraditable al exjefe de Estado chileno, Augusto Pinochet, por la comisión de crímenes internacionales, según lo solicitaba entonces la justicia de España. (El gobierno de Su Majestad Británica, sin embargo, permitió al justiciable retornar a su país por razones humanitarias, razones que luego no fueron validadas por la justicia chilena, que le inició al justiciable, apenas retornó, un proceso penal por los mismos crímenes). Ver al respecto: BURNEO (2009). *Jurisdicción universal y exjefes de Estado*.

vii) La ONU asume la representación de la comunidad internacional de acuerdo con su Carta constitutiva<sup>26</sup>.

viii) Una nueva noción de soberanía del Estado, tanto en su dimensión internacional como interna<sup>27</sup>.

### II.3. La significación internacional del nuevo orden público internacional

La existencia del nuevo orden público internacional indudablemente ha sido posible gracias a la derrota militar, durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), del totalitarismo racista hitleriano. Algo semejante puede afirmarse respecto del actual proceso de constitucionalización del derecho. Pero esa derrota no fue exclusivamente militar: sería un error entenderla así. Tal vez podría decirse que significó el fin de la historia que venían construyendo, desde milenios atrás, los seres humanos a partir de la discriminación y supuesta superioridad por razones diversas (llámese etnia, raza, sexo, religión, estamento o condición social, etc.), de unos sobre otros, tanto en sus relaciones con otros pueblos como al interior de sus respectivos Estados. Estas dimensiones de una cultura varias veces milenaria fueron las que el totalitarismo racista hitleriano llevó hasta las últimas consecuencias, usando a tal efecto todo el poder del Estado<sup>28</sup>. El Estado devenía en el instrumento del poder, pero también en el fin al que todo individuo y pueblo debían someterse; este totalitarismo reinventaba y hacía realidad el horrible mito del dios mortal, Leviatán, en cuyo altar todo individuo o pueblo podía ser sacrificado<sup>29</sup>. Pero esa

*El caso Pinochet*, Cuaderno de Trabajo 10, Departamento Académico de Derecho, PUCP. Respecto de la invalidez de las normas jurídicas sobre amnistía, indulto y prescripción, relativas a crímenes internacionales y otras violaciones graves de derechos humanos, véase la siguiente sección.

26 La Organización de las Naciones Unidas, de acuerdo con su Carta constitutiva (1945), está encargada de promover y velar por la paz y la seguridad internacionales, de suprimir los actos de agresión —incluida la potestad a este efecto de intervenir militarmente—, de fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en la igualdad de derechos de los pueblos y la libre de determinación de estos, y de realizar la cooperación internacional en todos los ámbitos y en el desarrollo del respeto a los derechos humanos. Establece, además, la Carta de las Naciones Unidas para solucionar los diferendos entre los Estados, la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisprudencia y opiniones consultivas son una referencia autorizada para elucidar los aspectos centrales del nuevo orden público internacional. El documento fundador entiende que la Organización debe, además, «servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes» (artículo 1.4).

27 La prohibición de la amenaza o uso de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.4), la incriminación de la guerra de agresión, la proclamación de los derechos humanos, de los derechos de los pueblos, y de la justicia penal internacional, entre otros aspectos del nuevo orden público internacional, implican ciertamente una redefinición de la soberanía estatal en beneficio de la protección de la persona humana y de los pueblos, con el fin de asegurar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (artículos 55 y 56 de la Carta). Esta redefinición implica una nueva concepción de la soberanía estatal tanto en el ámbito internacional como en el interno (CARRILLO SALCEDO, 2001, pp. 11-27; FERRAJOLI, 1999, 125-158).

28 Como decía un autor, Hitler hizo en Europa lo que los europeos habían hecho con los pueblos considerados inferiores de todos los otros continentes durante siglos: esclavitud, colonialismo, despojo de sus riquezas. Afortunadamente el Reich nazi no duró mil años, como profetizaba su líder máximo.

29 HOBBS, Thomas (1651). *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza Editorial, 2009, pp. 285 y ss.

cultura, con énfasis y particularidades aportadas por cada pueblo, no solo era realmente existente en todos los países del mundo sino la dominante en todo el mundo, permeando y retroalimentándose de la moral, de las doctrinas religiosas, del derecho, etc.: era moneda corriente tanto entre los vencidos como en los vencedores.

Lo anterior significó —y sigue significando— un desafío formidable para todos los pueblos del mundo en mayor o menor medida. En buena cuenta, el nuevo OPI era y es la apuesta no solo por desnazificar en su momento un Estado totalitario nazi y purgar, aunque no sin concesiones, de la escena política determinados regímenes autoritarios enemigos. Era y es la apuesta por cambiarlo todo, cambiar todos, construir sobre nuevas bases un mundo diferente, hacer una historia que no conduzca a una Tercera Guerra Mundial, tal como era la meta y obsesión de todos al término de la guerra.

Lamentablemente la Guerra Fría (1945-1992) no dio tregua, para satisfacción de muchos y poderosos intereses existentes entre los entonces vencedores y las numerosas dictaduras integrantes o aliadas de alguno de los dos grandes bloques políticos en que se dividió el mundo. Entre otras cosas, posibilitó la impunidad internacional de los crímenes cometidos por los vencedores en el pasado reciente, como las violaciones masivas de mujeres alemanas por las tropas soviéticas<sup>30</sup> en los meses que siguieron a la derrota nazi, o las bombas atómicas estadounidenses sobre Hiroshima y Nagasaki en agosto de 1945. Impunidad también de los crímenes perpetrados por las dictaduras en España, Portugal, en la mayoría de países de Latinoamérica y luego en África, al producirse la descolonización en ese mismo año. Esta impunidad en el plano internacional fue posible en la medida en que no se creó una Corte Penal Internacional<sup>31</sup>, ni se ejerció la jurisdicción universal<sup>32</sup>, ni se crearon prontamente mecanismos universales de protección de los derechos humanos<sup>33</sup>. En el plano nacional o interno de los Estados, los regímenes

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945

INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

30 Véase MacDonogh, 2007, pp. 58-59, 102 y 370. MACDONOGH, Giles, 2007, *Después del Reich. Crimen y castigo en la posguerra alemana*. Traducción de J.L. Gil A. Barcelona: Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2010.

31 La Corte Penal Internacional recibió un informe aprobatorio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1949, y debía además crearse en aplicación de la Convención sobre Genocidio, aprobada unánimemente por la Asamblea General de la ONU el día anterior a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en diciembre de 1948.

32 Ver al respecto: BURNEO LABRIN, José. *Jurisdicción universal y ex jefes de Estado. El caso Pinochet*. Lima: Departamento Académico de Derecho - PUCP. Cuaderno de Trabajo 10, 2009.

33 Durante sus primeros 33 años, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, creada en 1947, no instituyó ningún mecanismo para la protección universal de los derechos humanos. Y es que la Comisión ONU renunció originalmente a ejercer el papel de supervisión que cumplirán sus órganos de derechos humanos recién desde 1980. Respecto de los temores compartidos por los países tanto occidentales como comunistas en la época (1947) sobre el funcionamiento de la supervisión internacional a cargo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, P. Alston escribe: «The United States [...] was worried about the certainty of complaints alleging racial discrimination (already in 1947 the Commission had been sent a petition said to be on behalf of 13 million American "Negroes", alleging such discrimination) while the United Kingdom, France, Belgium, Portugal and the other colonial powers feared complaints about conditions and practices in their

totalitarios y los gobiernos autoritarios o dictatoriales eran los mejores garantes de la impunidad en su favor mediante las autoamnistías, la aplicación de normas de prescripción, o sometiendo al Poder Judicial, o por la autocensura de este. En otras palabras, en el plano nacional o interno, allí donde hubiera regímenes totalitarios o gobiernos autoritarios o dictaduras, el proceso de constitucionalización del derecho era o virtualmente imposible o sumamente difícil de impulsar. Pero la Guerra Fría no implicó la restauración de la cultura milenaria de la guerra y de la discriminación de los seres humanos, por lo que quienes pretendieron manejar las relaciones internacionales —o internas en sus respectivos países— desde dicha perspectiva debieron mantener una política oficial y pública acorde con el nuevo OPI, u ocultar vergonzosamente todo aquello que significara abiertamente una vuelta al pasado.

En efecto, no obstante la Guerra Fría, en ninguno de los dos bloques en que se dividió el mundo los sectores antidemocráticos y autoritarios fueron lo suficientemente poderosos como para impedir importantes avances impulsados por sectores democráticos en el ámbito internacional<sup>34</sup>. Lo mismo puede decirse respecto de lo sucedido, incluso al interior de los países, al punto que los regímenes o gobiernos autoritarios fueron dando paso a regímenes políticos de transición o democráticos. Estos fueron los casos de España y Portugal en Europa, y en Latinoamérica (Brasil, Uruguay, Argentina, Venezuela, Bolivia, Perú, entre otros). Y es que, trascendiendo las fronteras ideológicas y religiosas, al interior de cada país también había sectores democráticos y comprometidos con la gestación de una nueva cultura respetuosa de los derechos de los seres humanos y de los pueblos, actuando desde la política, la academia, la sociedad civil en general y desde el interior mismo del Estado.

Concluida la Guerra Fría y disuelta la URSS en 1992, se genera un nuevo contexto político que comporta sus propios riesgos, pero también en muchos aspectos mayores oportunidades para la democracia, la independencia de los poderes del Estado y la constitucionalización del derecho que nos ocupa. En derecho internacional, y vinculado con la protección de los derechos humanos, uno de los hechos más importantes es la aprobación en 1998 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, la cual se instala cinco años después como signo de nuevos tiempos al comenzar el presente siglo XXI.

colonies. The Western States were joined in an unacknowledged alliance by the Eastern European adversaries who opposed such procedure, ostensibly on the grounds that it would involve a breach of article 2(7) of the Charter. But underlying their opposition was a clear sense that some of the more brutal dimensions of Stalinism and even the very ideology of Marxism-Leninism would probably be priority targets for any adversarial international complaints procedures». Cf. ALSTON, P. (ed.), *The United Nations and Human Rights*. Oxford: Clarendon Press (primera edición 1992), p. 141.

34 Durante la Guerra Fría se instaló e inició sus funciones la Corte Internacional de Justicia, se aprobó el Tratado de Genocidio, la Declaración Universal de Derechos Humanos y un conjunto de tratados de derechos humanos. Ver infra 2.3.1.

### III. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

183

Como ya vimos, entre sus grandes principios jurídicos —y como un elemento esencial del orden público internacional—, el derecho internacional actual incluye los derechos humanos<sup>35</sup>. Ahora bien, al ser estos derechos reconocidos con carácter vinculante por la Carta de las Naciones Unidas (1945), y reafirmados permanentemente con tal carácter en la práctica de la ONU, debían, en consecuencia, ser incorporados tanto en los ordenamientos jurídicos como en las políticas públicas de los Estados miembros de la naciente organización. Ciertamente que no todos los Estados miembros de la ONU dieron pasos inmediatos en tal sentido, conforme detallamos en la sección precedente.

Si lo anterior es relativamente sencillo de constatar, debemos reconocer que hasta la fecha no se ha efectuado un balance sobre la manera como los Estados miembros de la ONU tradujeron en sus ordenamientos jurídicos los derechos humanos post 1945. En efecto, no existen estudios internacionales o, en su defecto, de alcance regional sobre la influencia del DIDH en los ordenamientos jurídicos y políticas públicas estatales.

No obstante lo anterior, sí es posible formular ciertas afirmaciones —algunas de carácter general y otras de carácter específico—, respecto de los aportes del derecho internacional al proceso de constitucionalización de los derechos humanos<sup>36</sup> y al proceso de constitucionalización del derecho. En un primer momento, muchos de esos aportes han sido instituidos en el derecho internacional, y luego han sido total o parcialmente incorporados en los ordenamientos jurídicos y políticas públicas estatales.

Al respecto debemos considerar cuatro tipos de aportes. En primer lugar, son aportes de trascendental importancia los principios jurídicos constitutivos del orden público internacional que instituye la Carta de las Naciones Unidas. En segundo lugar, el reconocimiento internacional de los derechos humanos—y del conjunto de principios jurídicos de orden público— como generadores de obligaciones *erga omnes*, esto es, al margen de todo vínculo convencional, redefiniendo en consecuencia la soberanía clásica de los Estados. En tercer lugar, mencionaremos como aportes también los tratados internacionales de derechos humanos en

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945

INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

35 Carta de las Naciones Unidas (1945), artículos 55 y 56. Declaración de Derechos Humanos (1948). Proclamación de Teherán (1968), aprobada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968. Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena el 25 de junio del año 1993.

36 La denominación de derechos humanos en los textos constitucionales es, generalmente, de derechos fundamentales. Así, «cuando la Constitución emplea ambas expresiones no debe entenderse que alude a dos realidades distintas, pues la expresión “derechos fundamentales” suele ser empleada para designar a aquellos derechos humanos que han sido positivizados en el ordenamiento interno». RUBIO, Marcial, Francisco EGUIGUREN y Enrique BERNALES. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, p. 19.

cuanto desarrollan derechos específicos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), o que se derivan de ella. Finalmente, en cuarto lugar, la jurisprudencia o decisiones de órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que significan una innovación o un aporte significativo respecto de lo existente en los ordenamientos jurídicos o políticas públicas de los Estados.

Veamos a continuación un breve desarrollo de los aportes mencionados.

### III.1. Los principios jurídicos del derecho internacional post 1945 como aportes a la constitucionalización del derecho

Los principios jurídicos del derecho internacional post-1945 y constitutivos del nuevo orden público internacional constituyen grandes novedades que nunca antes habían sido establecidas ni por el derecho internacional clásico ni por el derecho constitucional estatal<sup>37</sup>. Es una tarea pendiente el efectuar un estudio integral regional y luego comparativo entre las distintas naciones sobre la manera como tales principios han sido incorporados en los ordenamientos jurídicos y políticas públicas estatales. Sin embargo, si bien no es posible contar con un balance en positivo, es posible sostener como hipótesis verificable la proposición en negativo: los Estados en general no han establecido en sus ordenamientos jurídicos disposiciones que colisionen abiertamente con los mencionados principios del orden público internacional, ni defienden internacionalmente prácticas contrarias a ellos. Máxime si, según veremos en los párrafos siguientes, luego dichos principios han

37 Los elementos constitutivos del nuevo orden público internacional que instituye la Carta de la ONU o que se derivan de ella, según los presentamos en la sección 1.2, son los siguientes: (i) ilegalización de la guerra de agresión y nueva noción de paz, calificándose aquella como un crimen internacional; de esta manera se criminaliza lo que había sido un derecho de los Estados desde sus orígenes en la Antigüedad, hace más de 4500 años; (ii) los derechos humanos, entendidos como atributos universales y basados en la dignidad intrínseca de todo ser humano, en tanto norma jurídica internacional vinculante para todos los Estados y sociedades humanas, como un hecho nuevo en la historia humana, siendo su internacionalización una ruptura con la jurisdicción exclusiva y dominio reservado que ejercían sobre sus ciudadanos o súbditos los Estados, también desde la Antigüedad hace miles de años; (iii) los derechos de los pueblos sin exclusión alguna, cuya soberanía y autodeterminación no pueden ser conculcadas por otro pueblo, lo que condujo inexorablemente al fin del colonialismo en la segunda mitad del siglo XX, luego, igualmente, de una práctica milenaria vinculada al *jus ad bellum*. Además, en la última década de siglo XX se hizo explícito que la expresión *derechos de los pueblos* incluye también a los pueblos que existen al interior de los Estados independientes de toda dominación colonial; (iv) la sanción penal internacional de los crímenes de guerra, instituyendo por primera vez en derecho internacional la jurisdicción universal; (v) la sanción penal de los crímenes de lesa humanidad, de genocidio, y otras violaciones graves de derechos humanos, tanto mediante el ejercicio de la jurisdicción internacional como de la jurisdicción universal de acuerdo con las normas aplicables en cada caso; estas sanciones históricamente novedosas, conjuntamente con las relativas a crímenes de guerra y el crimen de agresión, darán lugar al nacimiento de una nueva disciplina jurídica: el derecho penal internacional; (vi) todo individuo es, en el plano internacional, penalmente responsable por la comisión de crímenes internacionales, derogándose las normas que otorgaban impunidad a los jefes de Estado y a otros altos funcionarios estatales; asimismo, carecen de validez jurídica las normas que impidan dicha sanción penal internacional, tales como las relativas a la amnistía, la prescripción o el indulto; (vii) la ONU asume la representación de la comunidad internacional de acuerdo con su Carta constitutiva, y (viii) una nueva noción de soberanía del Estado, tanto en su dimensión internacional como interna. Véase el desarrollo de estos principios en la sección 1 *supra*.

sido objeto de tratados internacionales aprobados por la comunidad internacional o regional, o de pronunciamientos de organismos internacionales jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

Así, a modo de ejemplo —véase para los otros principios la sección *Isupra* respecto de la guerra de agresión—, en 1970 la Corte Internacional de Justicia se pronunció en el sentido de que la prohibición de la guerra de agresión es una obligación *erga omnes* derivada del hecho de que el derecho internacional la ha puesto «al margen de la ley»<sup>38</sup>. Pocos años después, en 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas definió los actos constitutivos de la agresión y se pronunció expresamente en el sentido de que «la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional»<sup>39</sup>. Más adelante, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) incluyó, entre los crímenes internacionales que esta puede juzgar, al crimen de agresión (artículo 5), habiéndose aprobado en primera votación (Kampala, 2010) por los Estados Partes en dicho estatuto—122 en la actualidad—la definición del crimen de agresión adoptada en 1974<sup>40</sup>.

### III.2.El reconocimiento internacional de los derechos humanos como generadores de obligaciones erga omnes, esto es, al margen de todo vínculo convencional, redefiniendo en consecuencia la soberanía clásica de los Estados

La redefinición de la soberanía estatal se produce en el ámbito externo (se le impone la supervisión en dicho campo) así como en el interno (dichos derechos implican límites al poder de todos los Estados del mundo). Entre los hechos jurídicos más importantes que demuestran la aplicación de este principio del nuevo orden público internacional, podemos mencionar:

- (i) La condena del gobierno racista de África del Sur<sup>41</sup> desde 1946<sup>42</sup>, explicitando la Asamblea General que tal condena se basaba

38 Cf. Corte Internacional de Justicia, caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J., *Recueil* 1970, p. 3, párr. 33 y 34.

39 Cf. resolución 3314 (XXIX). *Definición de la agresión*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 14 de diciembre de 1974.

40 Luego de esta primera votación, entre otros requisitos a cumplir, se precisa de una segunda votación que deberá realizarse a partir del 1 de enero de 2017, a fin de que la definición quede definitivamente aprobada. Ver al respecto RC/Res.6 Acuerdo de Kampala del año 2010.

41 El gobierno racista de África del Sur argumentaba en la Asamblea General de la ONU, sobre la base del artículo 2(7) de la Carta ONU, que los derechos humanos eran un asunto interno y, por tanto, no podían ser condenados por la Asamblea General. Afirmaba dicho gobierno que «el trato a las personas [...] establecidas en la Unión Sudafricana es una cuestión que dependía esencialmente de la competencia de las autoridades sudafricanas y no de la competencia de la Asamblea General [de las Naciones Unidas]». Texto original en francés, traducción del autor. Cf. «Projet de résolution soumise à la Première Commission de l'Assemblée générale par l'Afrique du Sud». En *Activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme, Nations Unites*. Nueva York: Nations United, 1986, p. 63, párr. 15.

42 Resolución 44 (I) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 8 de diciembre de 1946. Cf. *Activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme*. Nueva York: Nations United, 1986, p. 63, párr. 16.

en «los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de Derechos Humanos» (Resolución 265(III) de fecha 4 de mayo de 1949)<sup>43</sup>, y creando ulteriormente una comisión de tres miembros «encargada de estudiar la situación racial en la Unión Sudafricana a la luz de los fines y principios de la Carta, teniendo debida cuenta del párrafo 7 del artículo 2, así como [...] del literal c del artículo 55, del artículo 56 de la Carta y de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la persecución y discriminación raciales»<sup>44</sup>.

- (ii) La condena de la situación de derechos humanos en países del ahora desaparecido bloque socialista. Así, en 1949, la Asamblea General aprobó la resolución 272 (III) mediante la cual: «Expresa la profunda preocupación que le inspiran las graves acusaciones formuladas contra los gobiernos de Bulgaria y de Hungría, respectivamente, relativas a la supresión de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en esos países»<sup>45</sup>.
- (iii) El examen público anual de las violaciones graves de derechos humanos, en cualquier país donde ocurran, en el mayor foro mundial de derechos humanos, esto es, durante las sesiones anuales de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Merece destacarse el hecho de que la Asamblea General de la ONU, sobre la base de su Carta y de la DUDH, aprobó la Resolución 2144 A (XXI) de fecha 26 de octubre 1966, mediante la cual invita al Consejo Económico y Social y a la Comisión de Derechos Humanos «a examinar con carácter de urgencia el modo de reforzar los medios de que las Naciones Unidas disponen para poner término a las violaciones de los derechos humanos donde quiera que ocurran»<sup>46</sup>. De conformidad con lo anterior, la Comisión de Derechos Humanos ha venido realizando el

43 Cf. *Activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme*. Nueva York: Nations United, 1986, p. 63, párr. 16.

44 Resolución 616 A (VII), adoptada en su sesión de 1952 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Cf. *Activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme*. Nueva York: Nations United, 1986, p. 63, párr. 21.

45 Cf. Resolución 272 (III): «Respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales en Bulgarie et en Hongrie», adoptada por la Asamblea General el 30 de abril 1949. También las resoluciones 294 (IV) y 385 (V): «Observance in Bulgarie, Hungary and Romania of human rights and fundamental freedoms», adoptadas por la Asamblea General el 22 de octubre 1949 y el 3 de noviembre 1950, respectivamente. En D. J. DJONOVICH. *United Nations Resolution, Series I, Resolutions Adopted by the General Assembly*, Volumen II 1948-1949 y Volume III 1950-1952. Nueva York: Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, 1973, pp. 262 y 296 (Volumen II) y 90 (Volumen III).

46 La Asamblea General de la ONU: «Invites the Economic and Social Council and the Commission on Human Rights to give urgent consideration to way and means of improving the capacity of the United Nations to put a stop to violations of human rights wherever they may occur». Cf. párr. 2, parte dispositiva, de la resolución 2144 A (XXI) adoptada por la Asamblea General el 26 de octubre 1966. En D. J. DJONOVICH (COMP. Y ED.). *United Nations Resolutions*, Volumen XI 1966-1968. Nueva York: Oceana Publications, Inc., 1975, pp. 162-163.

examen anual, y en sesión pública, de las violaciones graves de derechos humanos en cualquier país donde pudieran ocurrir.

Como veremos en la siguiente sección, este examen público se ha perfeccionado mediante la creación de órganos especiales (genéricamente llamados *relatores*) de investigación de carácter geográfico para un país en particular, o temáticos universales (sobre desaparecidos, ejecuciones, pueblos indígenas, etc., a escala mundial), así como por la creación del Examen Periódico Universal (EPU), el año 2007<sup>47</sup>.

- (iv) Las dos Conferencias Mundiales de Derechos Humanos, en la primera de las cuales (Teherán, 1968, con la participación de 120 Estados) se declara a la DUDH como «obligatoria para la comunidad internacional»<sup>48</sup> y, en la segunda (Viena, 1993, participación de 171 Estados), se afirma que la DUDH «constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones» y «la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos»<sup>49</sup>.
- (v) Reconocimiento por el órgano judicial principal de las Naciones Unidas —según la Carta de la ONU, artículo 92, la Corte Internacional de Justicia—, de la existencia de obligaciones de todos los Estados al margen de todo vínculo convencional<sup>50</sup>, y de obligaciones jurídicas internacionales hacia la comunidad internacional en su conjunto —obligaciones *erga omnes*. Entre las obligaciones *erga omnes* se incluyen, según la Corte, el respeto de los derechos humanos y de otros principios de orden público internacional<sup>51</sup>.

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945  
INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

47 El Consejo de Derechos Humanos reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos desde el año 2006 en virtud de la resolución 60/251, aprobada por la Asamblea General en su sexagésimo período de sesiones.

48 Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Acta Final. Teherán, 1968, párr. 2.

49 Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción. Viena 1993, Preámbulo, párr. 8.

50 La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre Reservas a la Convención sobre Genocidio (1951), estableció, a propósito de la prohibición del crimen de genocidio, que se trata de «principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligando a los Estados fuera de todo vínculo convencional». Versión original en francés, traducción no oficial. Cf. *Reserves a la Convention sur le génocide*, Avis consultatif: C.I.J., Recueil, 1951, p.23. Algunos años después la Corte, en otro caso, precisó: «It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention [sobre genocidio] are rights and obligations *erga omnes*». Cf. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), excepciones preliminares. Sentencia de fecha 11 de julio de 1996. ICJ Reports 1996, en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf> [consultada el 17 de enero 2013]. Finalmente, la Corte afirma en otro caso la existencia de las obligaciones al margen de todo vínculo convencional en los siguientes términos: «estas reglas fundamentales se imponen a todos los Estados, que hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que les expresan, porque constituyen principios «no transgredibles» del derecho internacional consuetudinario». Cf. Opinión consultiva sobre la Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares, Recueil, 1996.

51 La Corte Internacional de Justicia expresó, en el caso Barcelona Traction, que existen «obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto», las cuales «concernen a todos

III.3. En tercer lugar, también mencionaremos como aportes los tratados internacionales de derechos humanos en cuanto desarrollan derechos específicos contenidos en los principios del nuevo OPI, o enunciados en la DUDH, o que se derivan de ella

La importancia de estos tratados radica en el hecho de que, por una parte, abarcan una amplia cantidad de materias vinculadas con los derechos humanos o conexos, y por otra, porque entrañan la obligación para todos los Estados Partes de cumplirlos (*pacta sunt servanda*), con la precisión de que un Estado Parte «no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»<sup>52</sup>. A continuación veremos los tratados adoptados en el marco de las Naciones Unidas y en el ámbito regional.

#### III.3.1. En el marco de las Naciones Unidas

Son dieciséis los tratados y diez los protocolos facultativos sobre el derecho internacional de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas<sup>53</sup>. Entre los principales se encuentran:

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), con 142 Estados Partes.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), con 145 Estados Partes, y su protocolo de 1967, con 146 Estados Partes.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1966), con 176 Estados Partes.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), con 167 Estados Partes.
- Protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Primer Protocolo (1966), con 114 Estados Partes, y Segundo Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte (1989), con 77 Estados Partes.

---

los Estados» porque «dada la importancia de los derechos en causa, todos los Estados pueden considerar que tienen un interés jurídico de que estos derechos sean protegidos, se trata de obligaciones *erga omnes*». Y precisa seguidamente que «estas obligaciones derivan por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la puesta al margen de la ley de actos de agresión y del genocidio pero también de los principios y reglas que atañen a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidas la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial». Texto original en francés, traducción oficial. Cf. Corte Internacional de Justicia, caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J., Recueil, 1970, p. 3, p. 33 y 34.

52 Artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo 1969. El Perú la ratificó mediante decreto supremo 029-2000-RE, publicado el 21 de setiembre de 2000 en el diario oficial *El Peruano*.

53 Sitio web de la Organización de las Naciones Unidas. Base de datos. Colección de tratados. Situación de ratificaciones, reservas y declaraciones. Información consultada el 24 de agosto de 2013. En <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), con 160 Estados Partes, y su protocolo facultativo, de 2008, con 10 Estados Partes.
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), con 54 Estados Partes.
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973), con 108 Estados Partes.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) con 187 Estados Partes, y su protocolo facultativo, de 1999, con 104 Estados Partes.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), con 153 Estados Partes y su protocolo facultativo, de 2002, con 69 Estados Partes.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989) con 193 Estados Partes<sup>54</sup>, y sus tres protocolos facultativos relativos, el primero, a la participación de niños en los conflictos armados, con 152 Estados Partes<sup>55</sup>; el segundo, a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ambos aprobados el año 2000, con 163 Estados Partes, y el tercero, para la presentación de denuncias individuales del año 2011, con seis Estados Partes.
- Convenio 169 - OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), con 22 Estados Partes<sup>56</sup>.
- Convención de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), con 47 Estados Partes.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), con 122 Estados Partes<sup>57</sup>.

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945

INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

54 Sitio web de la Organización de las Naciones Unidas. Base de datos. Colección de tratados. Situación de ratificaciones, reservas y declaraciones. Información consultada el 24 de agosto de 2013. En: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en)

55 Sitio web de la Organización de las Naciones Unidas. Base de datos. Colección de tratados. Situación de ratificaciones, reservas y declaraciones. Información consultada el 24 de agosto de 2013. En: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en)

56 Sitio web de la Organización Internacional del Trabajo. Consultada el 24 de agosto de 2013. En: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314)

57 Sitio web de la Corte Penal Internacional. Textos legales y herramientas. Asamblea de Estados Partes. Estados Partes del Estatuto de Roma. Información consultada el 24 de agosto de 2013. En: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx)

También en el sitio web de la Organización de las Naciones Unidas. Base de datos. Colección de tratados. Situación de ratificaciones, reservas y declaraciones. Información consultada el 24 de agosto de 2013. En: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en)

- Convenio 182 - OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (1999), con 177 Estados Partes<sup>58</sup>.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), con 133 Estados Partes, y su protocolo facultativo, de 2006.
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, (2006) con 40 Estados Partes.

También debe mencionarse como un tratado de capital importancia, pero no específico sobre derechos humanos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), con 113 Estados Partes, la cual establece el carácter especial de los tratados de derechos humanos (no sujetos a las reglas generales de rescisión y de contramedidas) y reconoce la existencia de normas de *jus cogens*, las cuales invalidan todo tratado que se les oponga.

### III.3.2. En el ámbito regional

En Europa, el primer tratado internacional de derechos humanos post-1945 es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), el cual rige a los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Este convenio desarrolla los derechos reconocidos en la DUDH e instituyó un sistema de protección de derechos humanos, convirtiéndose en el antecedente más claro de lo que luego se desarrollaría en las Naciones Unidas, la OEA y la Unión Africana. El sistema europeo originalmente contaba con dos órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a partir de 1998, en aplicación del Protocolo 11, se extinguió la Comisión y desde entonces únicamente opera el Tribunal. El Tribunal desarrolla una intensa actividad jurisdiccional: pronuncia alrededor de ochocientas sentencias anuales<sup>59</sup>.

En el marco interamericano, entre los instrumentos internacionales a destacar, además de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), debe mencionarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) o Pacto de San José. El Pacto de

58 Sitio web de la Organización Internacional del Trabajo. Normas de trabajo. Convenios. Información consultada el 24 de agosto de 2013. En:

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312327](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312327)

59 En el ámbito regional existe el Comisario Europeo de Derechos Humanos, y en el subregional el Defensor del Pueblo, correspondientes a los ámbitos del Consejo de Europa (47 Estados) y de la Unión Europea (27 Estados), respectivamente. Además, se pronuncian también sobre temas de Derechos la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo de la Unión Europea. Cf. QUEL LÓPEZ, Francisco José. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Dilex, 2003.

San José instituye dos órganos de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>60</sup>.

En África, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) es el principal tratado en esta materia y su órgano de supervisión es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Ulteriormente, en virtud de un protocolo facultativo a la Carta precitada, se instaló la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2006).

### III.4. La jurisprudencia o decisiones de órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que significan una innovación o un aporte significativo en materia de derechos humanos

A continuación enunciaremos los aportes efectuados por órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que implican una innovación o un aporte significativo en materia de derechos humanos.

1. La obligación estatal de respetar los derechos humanos reconocidos por normas convencionales y no convencionales, y de constituirse en garante de tales derechos en el territorio bajo su jurisdicción<sup>61</sup>.
2. El reconocimiento de que los derechos humanos comprenden tanto los denominados derechos civiles y políticos (DCP) como los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)<sup>62</sup>. Esta concepción integral de los derechos humanos trasciende

60 Otros tratados: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador» (1988), Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990), *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (1994), *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura* (1985), *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención de Belem do Para»* (1994). FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

61 La Corte IDH especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia del derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto en el artículo 1.1. de la CADH: la obligación de «respetar» y la obligación de «garantizar» los derechos. CORTE IDH. Caso «Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares». Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, 1, párr. 166.

62 Cf. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «[...] Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, [...]». En *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Asimismo, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «[...] Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, [...]». En *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

las políticas económicas y doctrinas jurídicas que consideran los DESC como programáticos, no exigibles y no judicializables, recusando lo que consideran excesos de una concepción de «Estado de bienestar»<sup>63</sup>.

3. El principio de no discriminación negativa, esto es, la ilegalización de todo acto discriminatorio que se base en la raza, sexo, etnia, nacionalidad, religión, condición social, o cualquier otra razón que afecte la dignidad del ser humano<sup>64</sup>. Este principio tiene un sinnúmero de posibilidades de aplicación; entre los ejemplos más recientes puede citarse lo relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo.
4. El reconocimiento de la existencia de crímenes internacionales en virtud de normas convencionales y no convencionales, cuya represión incumbe a la comunidad internacional mediante la jurisdicción internacional ejercida a través de tribunales internacionales o mixtos, a la justicia nacional de los Estados que tienen un interés directo —competencia territorial, activa y pasiva—, y en ciertos casos, a todos los Estados del mundo mediante la jurisdicción universal. Entre estos crímenes internacionales cabe destacar los de genocidio, desaparición forzada y tortura<sup>65</sup>.
5. La no validez de las amnistías e indultos respecto de violaciones graves de los derechos humanos o crímenes internacionales<sup>66</sup>.

---

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

63 Los DESC implican obligaciones concretas, pisos mínimos, son exigibles y judicializables: sistema DESC convencional ONU y el de la OEA. Cf. El Comité, por un lado, señala la comprensión de la progresividad como un nuevo elemento en el PIDESC, y por otro, enfatiza su papel como instrumento para una interpretación flexible a las obligaciones de los Estados relativas a la garantía de los DESC. NACIONES UNIDAS. COMITÉ DESC (1989). Observación General 1. *Presentación de informes por los Estados Partes* del 24 de febrero del año 1989, párr. 6-8. Asimismo, «[...]si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados [...]». NACIONES UNIDAS. COMITÉ DESC (1990) OG 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2.1 PIDESC) del 14 de diciembre del año 1990, párr. 1 y 2.

64 Cf. NACIONES UNIDAS. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL OG 14 (1993), sobre la definición de discriminación (párr. 1 del artículo 1 de la Convención), OG 20 (1996) sobre la aplicación no discriminatoria de los derechos y libertades fundamentales (artículo 5 de la Convención), OG 24 (1999) sobre la definición de discriminación (párr. 1 del artículo 1 de la Convención), OG 26 (2000) sobre el derecho a la protección y a recursos efectivos contra la discriminación racial (artículo 6 de la Convención). Para mayor información ver en el Comité bajo referencia en la página web de las Naciones Unidas. En: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>

65 Estatuto de Roma aprobado en el año 1998 en cuyo texto se incluyen estos crímenes. Anteriormente, en el año 1993, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y en el año 1994, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

66 En lo que concierne a las amnistías, la ONU adoptó una posición clara en tal sentido el año 2000: «las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra o las infracciones graves del derecho internacional humanitario». Cf. Informe del secretario general sobre el establecimiento de un tribunal para Sierra Leona, documento de las Naciones Unidas S/2000/915 de 4 de octubre de 2000). Nótese que la posición oficial de la ONU es anterior a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el caso «Barrios Altos vs. Perú», declarando —por vez primera un órgano internacional jurisdiccional— la invalidez de una ley de amnistía.

6. La no prescripción de las violaciones graves de los derechos humanos o crímenes internacionales<sup>67</sup>.
7. El reconocimiento de la responsabilidad internacional penal de todo individuo, sin excepción alguna, que perpetre un crimen internacional, lo que incluye jefes de Estado y de gobierno<sup>68</sup>.
8. Estados de excepción o de emergencia con carácter limitado en cuanto existen derechos inderogables en todo tiempo y lugar<sup>69</sup>.
9. *Habeas corpus* y amparo en estados de excepción o de emergencia, que no pueden suspenderse por ser siempre necesarios para la protección de los derechos humanos<sup>70</sup>.
10. La justicia militar debe limitarse a la sanción de infracciones relativas a bienes jurídicos militares (o policiales de ser el caso), pero no es competente respecto de delitos comunes y graves violaciones de derechos humanos<sup>71</sup>.
11. El debido proceso, establecido en normas jurídicas internacionales, incluye, *inter alia*, la fundamentación de las resoluciones y decisiones tanto judiciales en general como las de carácter administrativo<sup>72</sup>.
12. El control de convencionalidad que obliga al Poder Judicial en especial debe entenderse de manera armónica respecto del control de constitucionalidad<sup>73</sup>.

193

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945

INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945

La ONU reiteró su posición en el documento de las Naciones Unidas - Consejo de Seguridad S/2004 de fecha 3 de agosto de 2004: «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos»: «en los acuerdos de paz y las resoluciones y los mandatos del Consejo de Seguridad: [...] se rechaza la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantiza que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas» (párr. 64). Véase también las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Barrios Altos (2001), Almonacid Arellano y otros (2006), Gomes Lund-Guerrilha do Araguaia (2010) y Gelman 2011, contra Perú, Chile, Brasil y Uruguay, respectivamente.

67 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 (artículo 1) y Estatuto de Roma de 1998.

68 Estatuto de Roma, antes TPI y previamente al referido tribunal la Convención sobre Genocidio.

69 PIDCP (artículo 4) y Convención A.D.H.(artículo 27).

70 Jurisprudencia Corte IDH Opiniones consultivas 8 y 9 de la Corte IDH. Para mayor información ver el portal de la misma Corte IDH.

71 Cf. Caso Almonacid. Corte IDH. Caso «Almonacid Arellano y otros vs. Chile». Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, 154.

72 En el caso del Perú, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) había cesado sin expresión de causa a más de un centenar de magistrados entre los años 2002 y 2004. Luego de un Acuerdo de Solución Amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el CNM anuló las resoluciones y reexpidió los títulos para el ejercicio de los magistrados antes referidos. Cf. SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2012, y Cooperación Alemana al Desarrollo, agencia de la GIZ en el Perú.

73 Cf. Caso Almonacid y voto concurrente de juez Eduardo Ferrer MacGregor en el caso Fernández Ortega del 30 de agosto del año 2006 ante la Corte IDH. Cf. TORRES, Natalia. *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Alemania: Editorial Académica Española, 2013.

13. La superación de la concepción asimilacionista de los pueblos indígenas, reconociéndose mediante el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>74</sup>.

#### IV. LA INSTITUCIONALIDAD INTERNACIONAL QUE PROMUEVE EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Las Naciones Unidas —y en sus respectivos ámbitos geográficos la Unión Europea y el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Unión Africana— han creado una institucionalidad internacional que tiene la obligación de supervisar a los Estados y cooperar con ellos en materia de derechos humanos. Es lo que se denomina *sistemas internacionales de protección y promoción de los derechos humanos*. Existen actualmente cuatro sistemas internacionales: el universal de las Naciones Unidas (SUDH), el europeo (SEDH), el interamericano (SIDH) y el africano (SADH). Estos cuatro sistemas son autónomos entre sí y no existe subordinación expresa ni prelación entre ellos<sup>75</sup>.

En el caso del SUDH de las Naciones Unidas, su conformación fue el resultado de un proceso paulatino que, en su dimensión estrictamente universal de protección directa a los individuos, se inicia en forma muy limitada en 1980. Su alcance es muy limitado porque la entidad creada es competente únicamente en lo que concierne a la protección de las personas víctimas de la desaparición forzada. Se creó, entonces, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de alcance universal en su ámbito de competencia. Luego, en 1982, se creará el Relator Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias; en 1985 el Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura, y así muchos otros sobre diversas temáticas, totalizando a la fecha aproximadamente 36 mecanismos temáticos universales<sup>76</sup>.

Estos mecanismos, salvo excepciones, dependen todos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y desde el año 2007, al extinguirse esta, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el cual se reporta a la Asamblea General de la ONU. El mandato

74 Véase al respecto lo establecido en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), así como en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 61/295 de fecha 10 de diciembre 2007). Citar doctrina de los comités ONU, Jurisprudencia de la Corte IDH, etc. Ver párr. del informe de la Comisión IDH.

75 Ver las referencias a los sistemas regionales en la sección 2.3.2. supra.

76 La lista de relatores y otros procedimientos temáticos universales, revisada en agosto 2013. Puede consultarse en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>

universal de los mecanismos temáticos —cualquier persona de un Estado miembro de la ONU puede dirigirse a y solicitar la intervención de tales mecanismos— se funda en la Carta de las Naciones Unidas y en lo establecido en la DUDH. Además de estos mecanismos temáticos universales, desde el año 2008, a cargo del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, se realiza en ciclos de cuatro años el Examen Periódico Universal (EPU) de Derechos Humanos, de manera que todos los Estados miembros de la ONU deberán presentar en sesión pública un informe sobre la situación de los derechos humanos en sus respectivos territorios, informe que es objeto de observaciones y sugerencias formuladas por los otros Estados<sup>77</sup>. Este conjunto de mecanismos y entidades internacionales, conforman lo que se denomina el *sistema extra convencional de derechos humanos* de la ONU.

En el marco de la ONU existe, además del sistema extra convencional, el sistema convencional de derechos humanos. Estos sistemas son autónomos e independientes entre sí. El sistema convencional se basa en los tratados de derechos humanos; estos tratados instituyen por lo general un comité de control del tratado en cuestión. La competencia de cada comité se limita a los Estados Partes en el tratado correspondiente<sup>78</sup>.

Además de los cuatro sistemas internacionales de derechos humanos (SUDH, SEDH, SIDH, SADH), existen tres sistemas especializados de protección de determinados derechos humanos, los cuales son autónomos y no subordinados respecto de aquellos cuatro. El sistema especializado más antiguo es el instituido en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo marco se han adoptado 183 convenios internacionales del trabajo, 4 protocolos y 189 recomendaciones<sup>79</sup>. El segundo sistema especializado está a cargo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), creado por la Asamblea General de la ONU mediante su Resolución 319 (IV) de 1949<sup>80</sup>. El tercero está a cargo de la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) para la protección de los derechos educativos<sup>81</sup>.

Contribuyen a la protección de los derechos humanos en el mundo, y por tanto a la constitucionalización del derecho y, de manera especial,

77 Cf. VILLÁN DURÁN, Carlos. *La protección internacional de los derechos humanos en el Sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados*. Dossier Documentaire, volumen 2, Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, 2011.

78 La lista de los Comités de control de los tratados de derechos humanos de la ONU, revisada en agosto de 2013, puede consultarse en:  
<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>

79 La lista de los convenios de la OIT, consultada en agosto 2013, puede verse en:  
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12030:0::NO::>

80 Sobre el ACNUR, puede consultarse la dirección siguiente (agosto 2013):  
<http://www.unhcr.org/pages/49da0e466.html>

81 Sobre la UNESCO, puede consultarse la dirección siguiente (agosto 2013):  
<http://www.unesco.org/new/es/unesco/>

al control de convencionalidad, además de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, la actividad jurisdiccional de los Tribunales o Cortes Penales Internacionales y mixtos. Al fin del siglo XX, en 1993, se creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; en 1994 el Tribunal Penal Internacional para Ruanda; en 1998 la Corte Penal Internacional —de carácter permanente—, instalada el año 2003, y diversos tribunales internacionales mixtos en el curso ya del siglo XXI<sup>82</sup>.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar el papel que cumplen los órganos principales de las Naciones Unidas en la protección de los derechos humanos. Bien que no reciben denuncias o requerimientos de personas individuales, adoptan importantes decisiones que tienen que ver con problemas graves en el ámbito mundial o que atañen a un país en particular. Especial mención merece la Corte Internacional de Justicia, cuya contribución a la protección de los derechos humanos no puede desdeñarse<sup>83</sup>.

## V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

V.1. El proceso de constitucionalización del derecho que post-1945 se desarrolla en el mundo no podría entenderse cabalmente ni su dinámica en el futuro sin incorporar una visión comprensiva de lo sucedido y viene sucediendo en el ámbito internacional. Existe, pues, una indisoluble relación e interacción entre la dimensión estrictamente interna o nacional, de una parte, y de otra, la dimensión internacional. Esta última es no solo el contexto en que se desarrolla aquella, sino que le aporta determinados principios generales del nuevo orden público internacional que los Estados convienen en establecer y construir en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. Además, los Estados del mundo reconocen el papel primordial que corresponde a la comunidad internacional, representada por las Naciones Unidas, en asegurar, promover y supervisar la vigencia de los nuevos principios internacionales, tanto en las relaciones interestatales como en la vida

82 Información sobre los tribunales penales internacionales puede consultarse (agosto 2013) en:

<http://www.un.org/es/rights/>

Sobre la Corte Penal Internacional, puede a su vez consultarse (agosto 2013): <http://www.icc-cpi.int/Pages/default.asp>

83 Sobre genocidio, la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en la Opinión Consultiva del año 1951 y en su sentencia de fecha 11 de julio 1996, recaída en el caso «Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia» (excepciones preliminares). Con relación a las obligaciones *erga omnes* derivadas algunas de normas relativas a derechos humanos, la Corte se pronunció en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company, 1970. Véase en el portal electrónico de la Corte un resumen de sus sentencias y opiniones consultivas (agosto 2013): <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/summary.php>

interna de todos los Estados, sean estos miembros o no de las Naciones Unidas<sup>84</sup>.

V.2. El conjunto de principios jurídicos constitutivos del nuevo OPI entrañan un cambio trascendental en la historia que los seres humanos venían construyendo desde la constitución de los Estados desde siglos antes de nuestra era. La derrota en 1945 de un orden basado en la discriminación de individuos y pueblos que, según el profeta y conductor del régimen nazi, debía durar mil años, fue la derrota de una cultura en más de un aspecto predominante en todos los Estados del mundo y que ciertamente hasta ahora se resiste a ser desalojada de la escena pública internacional y nacional. Apenas ha transcurrido menos de una centuria, demasiado poco tiempo para que la nueva cultura portadora del nuevo OPI se consolide definitivamente, prime en las relaciones internacionales y nacionales y en las relaciones entre individuos y pueblos al interior de los Estados existentes. Y si al interior de los Estados es en realidad un sueño a lograr cada día el que «no haya islas del poder estatal» respecto de lo establecido constitucionalmente —esto es, que impere la dignidad de los individuos y pueblos—, de manera análoga debe decirse que es también un sueño a realizar en el plano internacional.

V.3. El derecho internacional post 1945, entre las novedades que aporta, presenta como un elemento esencial del nuevo OPI, en opinión de algunos que compartimos, el elemento fundante y fin de dicho OPI: el principio jurídico de los derechos humanos, esto es, el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, en su dimensión individual y en su dimensión colectiva como pueblos. Nunca antes vigente sino más bien muchas veces negado en los ordenamientos jurídicos y políticas públicas internas de los Estados, ha enriquecido sin duda alguna la concepción de los derechos fundamentales post-1945 y es un desafío permanente en cada país traducirlo en políticas públicas.

V.4. Entre los temas más importantes que desde los derechos humanos se han realizado podemos mencionar la no aceptación de la impunidad respecto de violaciones graves de derechos humanos, por ser contraria al derecho que tiene toda persona a la justicia y al deber de garante de los derechos humanos que asume todo Estado respecto de las personas bajo su jurisdicción. Esto implica la invalidez de las amnistías, de los indultos, de la prescripción, el reconocimiento de la existencia de crímenes internacionales —tales como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, etc.— y de la responsabilidad internacional de todo individuo sin excepción alguna, incluidos jefes de Estado y de gobierno.

84 Leemos en la Carta de la ONU: «Artículo 2.- Para la realización de los Propósitos consignados en el artículo 1, la organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: [...] 6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales».

Al reconocimiento de la obligación estatal de sancionar penalmente las graves violaciones de derechos humanos perpetradas en su ámbito territorial, se añade el reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción internacional por tribunales penales internacionales y de la jurisdicción universal a cargo de los Estados, de conformidad con el derecho internacional, el debido proceso y las acciones de garantías como normas inderogables y garantía de la vigencia del Estado de derecho. Esto implica el reconocimiento de la independencia y autonomía del Poder Judicial, de la competencia de la Justicia Militar únicamente respecto de infracciones a bienes jurídicos militares —excluyendo el conocimiento de las violaciones de los derechos humanos y de crímenes internacionales—, la no suspensión en situaciones de emergencia del *habeas corpus* y el amparo; la integralidad de los derechos humanos, incluyendo como derechos exigibles y judicializables los derechos económicos, sociales, culturales y los derechos relativos al medio ambiente; los derechos de los pueblos indígenas, autodeterminación en lo que les concierne al interior de los Estados independientes —sin que ello implique el derecho a constituir estados independientes—; los límites al Estado de excepción, esto es, el reconocimiento de derechos inderogables en todo tiempo y lugar, así como de las acciones de garantía necesarias para su protección.

V.5. La vigencia de los derechos humanos mediante su incorporación en los ordenamientos jurídicos y políticas públicas de los Estados es una obligación primordial de estos, pero también atañe a las Naciones Unidas y a las organizaciones supranacionales de carácter regional que han creado una extraordinaria institucionalidad internacional para la promoción, vigencia y supervisión de los derechos humanos. Ello se constata al examinar los cuatro sistemas internacionales de protección de derechos humanos (SUDH de la ONU; SEDH del Consejo de Europa y Unión Europea; SIDH de la Organización de Estados Americanos, y SADH de la Unión Africana), de tres sistemas especializados (OIT, ACNUR, UNESCO), de los órganos principales de las Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia, etc. Estamos frente a una formidable acción de aproximadamente un centenar de mecanismos u órganos internacionales, de alcance universal o regional, que desarrollan una incesante acción complementaria entre sí en materia de derechos humanos.

Empero, esta actividad es históricamente reciente, esto es, se remonta a los últimos veinte años del siglo XX en lo que atañe a la protección de los derechos de los individuos mediante los sistemas internacionales mencionados, y es todavía más reciente en lo que se refiere a la protección de los derechos de los pueblos. Podría emitirse la hipótesis de que la acción conjunta de la institucionalidad internacional de derechos

humanos está sentando las bases de *jus constitutionales commune*, cuya consolidación requiere aún un tiempo más largo.

V.6. Si bien el control de convencionalidad que debe efectuar la magistratura de cada Estado es un requerimiento así denominado desde hace pocos años (2006), viene siendo incesantemente solicitado por la institucionalidad internacional de protección de los derechos humanos desde el nacimiento mismo de las Naciones Unidas. Esta solicitud se realiza en virtud del principio de derecho internacional según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales y no convencionales de buena fe, sin la posibilidad de justificar su incumplimiento en disposiciones jurídicas internas. El control de convencionalidad debe entenderse como una actividad propia de la magistratura de cada Estado que debe armonizarse con el control de constitucionalidad, y puede esperarse una relación cada vez más fluida en la medida en que se consolide el *jus constitutionales commune* todavía en formación.

Recibido: 18/07/2013  
Aprobado: 15/08/2013

199

EL APOORTE DEL  
DERECHO  
INTERNACIONAL  
DE LOS  
DERECHOS  
HUMANOS A LA  
CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
DERECHO POST  
1945  
INTERNATIONAL  
LAW ON HUMAN  
RIGHTS  
CONTRIBUTION  
TO CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
LAW AFTER 1945