

La globalización de la justicia internacional: hacia un nuevo orden público internacional

Elizabeth Salmón Gárate^(*)(**)

1. Introducción

El Derecho Penal Internacional, como manifestación de la justicia internacional, forma parte del Derecho Internacional por lo que debe ser entendido con las posibilidades (por ejemplo, mecanismos coercitivos previstos para el cumplimiento de tratados internacionales) y limitaciones de aquel (principio del consentimiento estatal como base para la asunción de un gran número de obligaciones internacionales).

Precisamente una noción central dentro del Derecho Internacional, y que constituye un punto de encuentro entre este y el Derecho Penal Internacional, en su lucha por evitar la impunidad, es el de subjetividad internacional como categoría que define a los titulares de derechos y obligaciones dentro del ordenamiento jurídico internacional. En el marco del Derecho Internacional resulta incuestionable el proceso de humanización⁽¹⁾ que este atraviesa y que se manifiesta en la subjetividad del individuo que detenta derechos y obligaciones derivados de normas internacionales y es además capaz de incoar responsabilidad internacional activa, por la violación de sus derechos, y responsabilidad pasiva, cuando es él el que viola las normas internacionales cometiendo un crimen internacional.

La afirmación de la subjetividad internacional del individuo constituye, sin duda alguna, uno de los signos del Derecho Internacional de nuestros días⁽²⁾. Será recién a mediados del siglo XX, tras la barbarie de la Segunda Guerra Mundial, que la comunidad internacional tomara conciencia de la importancia de hacer valer estos derechos en el orden internacional. En ese sentido, este proceso se inicia con la Carta de las Naciones Unidas en que se comienzan a fijar estándares universales, dando nacimiento a un verdadero Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con un alcance universal⁽³⁾.

El Derecho Internacional contemporáneo reserva un gran número de normas dirigidas a resguardar los Derechos Humanos en una variedad de circunstancias. En efecto, una primera situación que podemos plantearnos es cuando el individuo ve violentado uno de sus derechos y no encuentra justicia en el plano nacional. Frente a esto, el Derecho Internacional cumple al menos dos funciones tuitivas. Una es que los tratados de Derechos Humanos de los que sea parte el Estado causante de la violación (o incluso pensemos en la posibilidad de derechos consagrados en sendas normas consuetudinarias) deberán resultar aplicables en el marco de la instancia nacional bien sea para interpretar los derechos previstos en el ordenamiento

(*) Profesora asociada del Departamento de Derecho en el área de Derecho Internacional Público y Coordinadora de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora Académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Miembro del Comité editorial de la Revista de la Cruz Roja Internacional y de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

(**) Con mi agradecimiento a la valiosa ayuda de Giovanna García Saavedra en la elaboración de este ensayo.

(1) Acerca de los procesos de humanización, socialización e institucionalización, véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos*. En: *Derecho Internacional Contemporáneo*. 2da. edición. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 13-14.

(2) En ese sentido, Sudre señala que "Désormais, la souveraineté est arrêtée par des droits appartenant à d'autres sujets de droit que les Etats: le droit international évolue alors d'un droit interétatique, élaboré en fonction des intérêts des Etats, vers un droit superétatique chargé d'assurer, au nom de valeurs communes et supérieures aux Etats, la protection d'intérêts infra-étatiques (ceux des individus vivant sous l'autorité nationale)". SUDRE, Frédéric. *Droit international et européen des droits de l'homme*. 3ra. edición. Paris: Presses Universitaires de France, 1997. p. 35.

(3) Como bien señala Drzewicki: "Although in preceding periods certain attempts had been made, and achievements recorded, in this field, nevertheless, they were territorially restricted, limited only to some categories of persons and fragmentary in the substantive scope of the protection afforded". DRZEWICKI, Krzysztof. *Internationalization of Human Rights and their Juridization*. En: HANSKI, Rajja y Markku SUKSI (editores). *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. 2da. edición. Turku-Abu: Institute for Human Rights-Abo Akademi University, 2000. p. 31.

interno (como, por ejemplo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana y el artículo V del Código Procesal Constitucional) o bien para delinear un nuevo derecho no previsto en el ordenamiento nacional. La segunda función se encuentra directamente relacionada con la existencia de un aparato institucional creado por el tratado con el fin de vigilar el cumplimiento de sus disposiciones. En este supuesto el individuo podrá acceder a los órganos de control creados por ese tratado en la medida en que el Estado demandado haya consentido en que pueda ejercerse tal función con relación a las demandas recibidas en su contra.

Pero no todos los particulares terminarán accediendo a la jurisdicción internacional, bien porque no resulta necesario hacerlo (pensemos en el supuesto en que el Estado cumple a rajatabla sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos o el caso en que el particular encontró solución a su problema en la esfera nacional), bien porque no puede esperar la culminación de un procedimiento internacional. Este último supuesto apunta a las situaciones de urgencia por la violación inminente de los derechos de la persona que faculta las instituciones del asilo y refugio. Estas dos instituciones pretenden salvaguardar los Derechos Humanos frente a una situación de especial riesgo en que la única garantía posible resulta la salida del ámbito de la jurisdicción estatal.

En tercer lugar, puede plantearse el supuesto en que no existe un riesgo dirigido a una persona en concreto, sino que la generalización de la violencia armada, por el desencadenamiento de un conflicto armado, hace que los derechos de todos se encuentren en situación de vulnerabilidad suprema. Este contexto es precisamente el supuesto de aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario que buscan proteger a las víctimas de los conflictos armados cumpliendo, como señala Cançado Trindade, una eminente función preservadora del ser humano⁽⁴⁾.

Finalmente, el Derecho Internacional no descuida el hecho de que las violaciones a los Derechos Humanos son cometidas por otros seres humanos, por lo que las normas de responsabilidad penal internacional para aquellos que incurren en crímenes internacionales constituyen, en última instancia, otra forma de resguardar los Derechos Humanos. Ciertamente, una afirmación cabal de la subjetividad internacional del individuo amerita que este pueda

reclamar por las violaciones de sus derechos (la denominada responsabilidad activa), pero también que se le pueda reclamar en la esfera internacional cuando es él el violador de obligaciones internacionales (la denominada responsabilidad pasiva), pues como señala Higgins, "(...) to the extent that individuals come into contact with matters regulated by International Law, there is no reason of principle why they should be beyond the reach of that Law"⁽⁵⁾.

Efectivamente, todo orden jurídico prevé ciertas consecuencias ante el incumplimiento de sus normas desde que, como afirma Verdross⁽⁶⁾, la negación de la responsabilidad reduciría a la nada el Derecho Internacional.

De esta manera encontramos tres situaciones distintas en el Derecho Internacional: una mayoritaria y las otras dos necesariamente residuales. En primer lugar, las obligaciones cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional para el Estado exclusivamente (por ejemplo el incumplimiento de un tratado de comercio suscrito entre dos Estados). En segundo lugar, las obligaciones que por su importancia particular (prohibición de torturar, cometer genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, entre otras) generan la responsabilidad internacional del Estado y paralelamente generan responsabilidad internacional para los agentes particulares que cometieron o, en algunos supuestos, dieron orden de cometer violaciones a las normas en cuestión. Finalmente, en tercer lugar, ubicamos la existencia de normas que solo pueden ser violadas por los particulares como los delitos de piratería (artículos 15 de la Convención de Ginebra de 1958 y 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982), los delitos contra personas internacionalmente protegidas (artículo 2 del Convenio de Nueva York sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973) y delitos relacionados con la navegación aérea y marítima internacional (artículos 1 del Convenio de la Haya sobre Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970 y 1 del Convenio de Montreal sobre Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación).

En los dos últimos supuestos, la acción del Derecho Internacional no pasaba normalmente de la fijación del tipo delictivo puesto que la determinación e imposición de las penas se dejaban comúnmente

(4) CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 219.

(5) HIGGINS, Rosalyn. *The reformation in International Law*. En: *Law, Society and Economy: Centenary Essays for London School of Economics and Political Science*. Número 207. Richard Rawlings, 1997. pp. 212-213. Citada por: MERON, Theodor. *General Course on Public International Law*. En: *RCADI*. Tomo 301. 2003. p. 329.

(6) VERDROSS, Alfred. Citado por: GONZÁLES CAMPOS, Julio y otros. *Curso de Derecho Internacional Público*. 2da. edición. Madrid: Civitas, 2002. p. 325.

a los sistemas jurídicos internos. De hecho, esta división de funciones aun persiste para muchos casos, pero una característica propia e importante del Derecho Internacional de nuestros días es que la comunidad internacional ha dado pasos importantes, no solo en el desarrollo normativo de la tipificación internacional de ciertas conductas (situación por definición sujeta a la colaboración siempre variable del Estado en cuanto a la implementación normativa y juzgamiento de los presuntos culpables), sino en el desarrollo institucional de la responsabilidad internacional del individuo acusado de haber incurrido en conductas contrarias a normas fundamentales del Derecho Internacional. Es decir, el avance del Derecho Internacional radica en que la propia comunidad internacional asume el juzgamiento de estas personas que han infringido un verdadero orden público internacional⁽⁷⁾.

Si bien los primeros signos de la vertiente institucional no pueden encontrarse sino hacia fines de la Segunda Guerra Mundial y más precisamente a partir de la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, la idea de que existían ciertas conductas cuyo juzgamiento no podía quedar exclusivamente en manos de los Estados (por más que la determinación del tipo correspondiera a un acuerdo necesariamente colectivo de los mismos) es anterior. Esto y los desarrollos contemporáneos han llevado al establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) y con ella a la aparición de un nuevo orden público internacional. En efecto, hoy en día el Derecho Internacional y la comunidad internacional en su conjunto atraviesan por un proceso de transición hacia lo que Bianchi denomina su “constitucionalización”, que se refleja en el abandono de la adopción de medidas *ad hoc* y *ex post* a los acontecimientos y la emergencia y consolidación de otros estándares normativos que responden a un proceso de formación de un nuevo *ordre public* sobre la base de valores e intereses comunes⁽⁸⁾.

2. La institucionalización de la justicia internacional: evolución de los mecanismos punitivos del Derecho Internacional

A pesar del reconocimiento de una serie de objetivos universales e imperativos morales que forman parte del bagaje de la comunidad

internacional en su conjunto y que, en principio, limitan la actuación de los Estados y compelen a estos a colaborar entre sí para proteger este interés común, era habitual la inacción normativa e institucional por parte de la comunidad internacional para hacer frente a la comisión de los más graves crímenes contra los Derechos Humanos. No obstante, como afirma Meron, esta situación ha ido variando pues “the end of the Cold War, the spread of democracy and greater super-power co-operation in the Security Council, have encouraged a greater willingness to investigate crimes committed by previous regimes”⁽⁹⁾.

Esta respuesta se ha dado en dos niveles. Por un lado, a partir de la jurisdicción universal ejercida individualmente por los Estados y, por otro lado, con la creación de órganos internacionales, de distinta naturaleza, a cargo de determinar la responsabilidad individual y sancionar las atrocidades cometidas por los propios seres humanos. Ambos con un único propósito, evitar la impunidad.

2.1. La jurisdicción universal como una respuesta descentralizada contra la impunidad

El principio de jurisdicción universal puede definirse como la jurisdicción sobre determinados delitos que los Estados, por motivos de interés internacional, pueden o deben reprimir, independientemente del lugar donde se cometieron o la nacionalidad del perpetrador⁽¹⁰⁾. Algunos de los delitos están sometidos a la jurisdicción universal en virtud del Derecho Consuetudinario (como la piratería, el genocidio o la esclavitud). Otros, quedan sometidos a la jurisdicción universal conforme a lo estipulado expresamente en un tratado (como ocurre con los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I).

En esta lo que hay es un apartamiento de los criterios de conexión de jurisdicción más aceptados. En efecto, se trata de un juzgamiento llevado a cabo por los tribunales de un Estado que no corresponde al criterio territorial (los Estados son competentes para ejercer su jurisdicción sobre los crímenes cometidos en el territorio del Estado) ni activo (el presunto criminal detenta la nacionalidad del Estado que juzga) ni pasivo (la nacionalidad de la víctima corresponde al Estado que ejerce jurisdicción). Descartados estos criterios, resulta más bien que es la gravedad del crimen internacional lo que

(7) Una excelente aproximación a esta noción, así como a la de humanidad como sujeto de Derecho Internacional, en: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *La Cour Pénale Internationale: l'Humanité trouve une place dans le Droit international*. En: *Revue Générale de Droit International Public*. Número 1. Enero-marzo de 1999. pp. 23-28.

(8) BIANCHI, Andrea. *Ad-hocism and the rule of law*. En: *European Journal of International Law*. Volumen 13. Número 1. 2002. p. 268.

(9) MERON, Theodor. *Op. cit.*; p. 112.

(10) COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra*. Tomado de: *Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario: Carpeta informativa*. En: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/iwpList106/0B29DD529B8E1356C1256DE1005C1744>

adjudica jurisdicción a cualquier Estado de la comunidad internacional. No obstante, si bien no debe perderse de vista que, en un caso, estamos frente a la acción estatal individual y, en el otro, es la propia comunidad internacional la que actúa a través de una institución como la CPI, más son las semejanzas que diferencias entre jurisdicción universal y jurisdicción penal internacional.

En efecto, ambas se activan por los mismos crímenes (de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra) pero sobre todo ambas requieren la existencia de una norma internacional que la habilite. En la generación de esta norma, encontramos también la participación estatal como criterio *sine qua non* de efectiva aplicación. La CPI basa su jurisdicción en un tratado internacional que la dota de legitimidad (el Estatuto de Roma), pero también la jurisdicción universal precisa de algún nivel de consenso estatal. Si pensamos en el caso de la tortura, alegada en la solicitud de extradición del juez español Baltasar Garzón en contra de Augusto Pinochet, resulta indispensable recurrir al artículo 5 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas de 1984 que había sido ratificada por el Reino Unido, España y Chile. En esta norma se establece la jurisdicción universal para los Estados partes del tratado. Si pensamos en el caso de genocidio, conviene anotar que existe consenso en que también este crimen faculta el ejercicio de la jurisdicción universal, aunque no por el texto mismo de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1949, sino por la presencia de una norma consuetudinaria que así lo permite. Esta última se basa, por tanto, en el consenso de los Estados de la comunidad internacional.

La aplicación de este principio ha generado fuertes críticas, como son que la jurisdicción universal implica una intromisión en los asuntos internos del Estado que tendría competencia territorial o personal para juzgar, vulnerándose el principio de soberanía y la no intervención. Se dice también que la aplicación de la jurisdicción universal plantea una dificultad en cuanto al *forum conveniens*, al aporte de medios probatorios y la presencia de testigos, debido a las grandes distancias que podrían separar el lugar donde se produjeron los hechos y el territorio del Estado que ejerce jurisdicción.

No obstante, más y mejores son los argumentos a favor de la jurisdicción universal. En efecto, este

mecanismo de cooperación significa un aporte de primer nivel a la lucha contra la impunidad y complementa la labor de los tribunales penales. El procesamiento de individuos acusados de cometer crímenes internacionales ayuda también a generar cierta conciencia social de la gravedad de estos y puede eventualmente desincentivar futuras comisiones de crímenes de guerra. Finalmente, no debe perderse de vista la utilidad que la jurisdicción universal puede tener en la reconciliación nacional en sociedades post conflicto donde el juzgamiento de ciertos crímenes signifique un punto de desencuentro entre las partes.

En cualquier caso, la jurisdicción universal no es el único mecanismo para luchar contra la impunidad internacional. En términos históricos, resulta mucho más importante y significativa la apuesta por el funcionamiento de mecanismos institucionales como la CPI, pues en ella los Estados ven la concreción de un acuerdo en el que han tenido la ocasión de manifestar su soberanía y que les ofrece, en consecuencia, mayores elementos de seguridad jurídica. La implementación de la jurisdicción universal tiene, no obstante, el valor de constituir un elemento dinámico y complementario en la búsqueda de la justicia internacional que por estar inmerso en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados puede nutrirse de las todavía mucho más fuertes posibilidades de coerción y coacción que tienen los aparatos estatales⁽¹¹⁾.

2.2. La constitución de un mecanismo de juzgamiento internacional: el establecimiento de la Corte Penal Internacional como el paso final de la institucionalización y conformación de un nuevo orden internacional

La idea de juzgar individuos en la esfera internacional por la comisión de ciertos crímenes no es nueva en el Derecho Internacional ni surge con los tribunales de Nüremberg y Tokio que se instauran hacia finales de la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, la primera propuesta de creación de un tribunal de este tipo la realizó hace más de un siglo, en 1872, Gustave Moynier, uno de los fundadores y, durante mucho tiempo, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja⁽¹²⁾. Las noticias sobre las atrocidades cometidas en la guerra francoprusiana hicieron a Moynier abandonar la posición de que la presión de la opinión pública era

(11) Para mayor detalle sobre este tema, véase SANCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*. Texto multcopiado. Albacete, 2002.

(12) La propuesta fue presentada por Moynier al "Bulletin International des Sociétés des secours aux militaires blessés" de abril de 1872 (Número 11. pp. 121-131). Posteriormente esto se discutió, aunque sin éxito, en el Instituto de Derecho Internacional celebrado en Cambridge en agosto de 1895 (*Annuaire de l'Institut de Droit International, quatorzième volume, 1895-1896*). Paris: Pedone, 1895. Un mayor desarrollo sobre el tema se puede encontrar en PETIT, Eulalia. *La propuesta de un Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)*. En: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. pp. 29-87.

suficiente sanción para los que incumplían el comportamiento mínimo exigible en las guerras y llegar a la plasmación de un proyecto de tribunal penal internacional⁽¹³⁾. En él se habló de principios tan adelantados a su época como la jurisdicción exclusiva del tribunal internacional para el juzgamiento de infracciones al Derecho Humanitario o el tema de la indemnización de las víctimas que aun hoy constituyen puntos medulares de los tribunales internacionales en funcionamiento.

Lamentablemente, la idea solo volvió a tomar cierta forma tras los nuevos horrores de la Primera Guerra Mundial. Los países aliados vencedores mostraron una férrea voluntad de sancionar a las personas que hubieren actuado de forma contraria a lo dispuesto en el Derecho de la época, cuando en el Tratado de Versalles forzaron a Alemania a declarar (artículo 228) que “reconocía a las potencias aliadas la libertad de llevar ante sus tribunales a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra” y, sobre todo, cuando solicitaron la extradición a Holanda (país a donde había huido el ex emperador) del *Kaiser* Guillermo II de Hohenzollern. El artículo 227 del Tratado de Versalles señalaba que “las potencias aliadas acusas públicamente a Guillermo de Hohenzollern, por falta suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados” por lo que instituían una suerte de tribunal internacional *ad hoc* para su juzgamiento⁽¹⁴⁾. Como se sabe, el juicio nunca se produjo por la negativa holandesa, pero la afirmación de que había ciertos principios que no se podían vulnerar sin sancionar directamente a los individuos que habían decidido hacerlo, tomó fuerza a pesar de la limitación que significaba el hecho de que fueran los vencedores los que se arrogaban el derecho de juzgar a los vencidos.

Este escollo se pretende superar más adelante, del 16 al 24 de julio de 1920, con motivo de la elaboración del Estatuto de lo que posteriormente sería la Corte Permanente de Justicia Internacional (órgano jurisdiccional de la Sociedad de Naciones), verdadero antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia. Allí se convocó a un comité de juristas que emitió,

“la década del 90 se presenta, como señala Cassese, como el punto de quiebre para la institucionalización de los mecanismos jurisdiccionales penales internacionales. De un lado, por el término de la guerra fría y, de otro, por el creciente interés de la comunidad internacional por los Derechos Humanos y el auge de la doctrina en la materia”.

entre otras⁽¹⁵⁾, una resolución que proponía que: “Artículo 3: La Alta Corte de Justicia Internacional deberá ser competente para juzgar crímenes que violan el orden público internacional o el derecho universal de las naciones, llevados a ella por la Asamblea o el Consejo de la Sociedad de Naciones. Artículo 4: La Corte tendrá el poder para determinar la naturaleza del crimen, fijar la pena y decidir los medios apropiados para ejecutar la sentencia. Deberá formular sus propias reglas de procedimiento”⁽¹⁶⁾.

Consideraciones de orden pragmático llevaban a optar por el ámbito internacional como el más apropiado para juzgar este tipo de conductas. Esto debido a que “the complaining State, if it has to proceed before the tribunals of the other State, will not think that it gets its full measure of justice, while if it proceeds before its own tribunals it will be suspected of injustice or hardship, it would be better that there should be an international high court of justice which could exercise criminal jurisdiction in such cases”⁽¹⁷⁾.

Si bien las conductas justiciables se restringían a los crímenes cometidos en tiempo de guerra, no había duda de que el tiempo idóneo para decidir la creación de un órgano de esta naturaleza era el tiempo de paz. La idea era que un tribunal internacional, al restringir la siempre aleatoria posibilidad de que el Estado juzgue a sus criminales

(13) Moynier se vio obligado a reconocer que “(...) una sanción puramente moral es insuficiente para contener pasiones desatadas”. Citado por: HALL, Christopher Keith. *La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Número 145. Marzo de 1998. p. 65. También puede consultarse allí el texto original de la propuesta.

(14) Para mayor información, véase MERIGNHAC, Alexandre. *De la responsabilité pénale des actes criminels commis au cours de la guerre de 1914-1918*. En: *Révue de Droit international et de Législation Comparée*. Volumen 1. 1920. pp. 34-70.

(15) La primera resolución aludía directamente al tema de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que solo vería casos entre Estados, y la tercera se refería a la Academia de Derecho Internacional que aun hoy funciona en La Haya. Véase LORD PHILLIMORE. *An international criminal court and the resolutions of the Committee of Jurist*. En: *British Yearbook of International Law*. 1922-1923. pp. 79-86.

(16) *Ibid.*; p. 80. Literalmente expresa: “Article 3: The High Court of International Justice shall be competent to try crimes constituting a breach of international public order or against the universal law of nations, referred to it by the Assembly or by the Council of the League of Nations. Article 4: The Court shall have the power to define the nature of the crime, to fix the penalty and to decide the appropriate means of carrying out the sentence. It shall formulate its own rules of procedure”.

(17) *Ibid.*; p. 83.

de guerra (lo que implica no solo la voluntad política de hacerlo sino su previsión en las legislaciones militares internas), conllevaría un verdadero efecto preventivo -antes que punitivo- al desalentar la comisión de tales crímenes. Aunque la efectividad de esto último se cuestionaba por autores de la talla de Brierly⁽¹⁸⁾, lo cierto es que los esfuerzos por institucionalizar la responsabilidad pasiva del individuo en la esfera internacional constituía *per se* un avance en la tarea de hacer más efectivo, en la práctica⁽¹⁹⁾, el Derecho Internacional.

Otro punto interesante en este desarrollo se presenta en 1937 con la firma de dos convenciones: la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo y la Convención para la creación de una Corte Penal Internacional que tendría competencia para su juzgamiento⁽²⁰⁾. En efecto, la segunda de estas convenciones concedía a las partes contratantes la facultad de transferir a la Corte que se creaba la competencia para juzgar los delitos de terrorismo contemplados en la primera convención. Las circunstancias excepcionales que se avecinaban hicieron imposible la entrada en vigor del texto.

No obstante, no será sino hasta el acuerdo de los países aliados del 8 de agosto de 1945 que se crearía el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y con la Carta, aprobada el 19 de enero de 1946 por el comando supremo de las fuerzas aliadas en el extremo oriente, el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente⁽²¹⁾. Este es el primer momento en que se juzga individuos por un tribunal internacional y por la comisión de conductas contrarias al orden internacional (lo que favorece el surgimiento del aspecto pasivo de la subjetividad internacional del ser humano), pero no es el primer ejemplo de un

tribunal que gozara de un carácter verdaderamente neutral (era al fin y al cabo la justicia que aplicaban los vencedores) ni que estuviera exento de cualquier vicio procesal. Para ello, la humanidad todavía tendría que esperar los sufrimientos de la ex-Yugoslavia y Ruanda y algunas otras circunstancias antes de conseguir las sesenta ratificaciones para poner en marcha la CPI⁽²²⁾.

En efecto, la década del 90 se presenta, como señala Cassese, como el punto de quiebre para la institucionalización de los mecanismos jurisdiccionales penales internacionales. De un lado, por el término de la guerra fría y, de otro, por el creciente interés de la comunidad internacional por los Derechos Humanos y el auge de la doctrina en la materia⁽²³⁾. La caída del sistema bipolar por la guerra fría llevó a la fragmentación de una serie de Estados y a un relativo desorden internacional, así como al resurgimiento de una serie de nacionalismos, todo lo cual dio lugar a una espiral de violencia en diversas partes del planeta. De este modo, "the ensuing implosion of previously multi-ethnic societies led to gross violations of international humanitarian law on a scale comparable to those committed during the Second World War"⁽²⁴⁾.

Dos de estos conflictos dieron lugar al establecimiento de tribunales *ad hoc* por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que vio en estos mecanismos la medida más apropiada para sancionar a quienes habían cometido crímenes que ofendían a la comunidad entera y atentaban contra el orden público internacional. De esta forma, mediante las Resoluciones 808 del 22 de febrero de 1993 y 827 del 25 de mayo de 1993 se crea el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y se

(18) Para él "(...) to suppose that men who are tempted to commit war crimes during the course of a war will be strengthened to resist the temptation by the thought that at some future time they may have to account to an international court is probably altogether to misconceived the motives which affect the mind of the intending war criminal, ranging as these do from a lofty patriotism to the mere satisfaction of lust or cruelty". BRIERLY, James. *Do we need an international criminal court?* En: *British Yearbook of International Law*. 1927. p. 84.

(19) Resulta, en este sentido, representativo el artículo de denuncia de PIC, Paul. *Violation systématique des lois de la guerre par les austro-allemands. Les sanctions nécessaires*. En: *Revue Générale de Droit International Public*. Tomo 23. 1916. pp. 243-268 que señala: "Le droit international ne sera efficacement sanctionné que le jour où les puissances auront trouvé le moyen de obliger l'État coupable à réparer matériellement mal toléré ou ordonné par lui, et d'assurer la répression des crimes de droit commun commis sous le couvert de l'état de guerre". p. 264.

(20) El gobierno de Francia tomó la iniciativa de este Convenio en octubre de 1934 tras el asesinato del Rey Alejandro de Yugoslavia y el Primer Ministro francés Louis Barthou. El proyecto fue estudiado por un Comité de Expertos de la Sociedad de Naciones y alcanzó la firma el 16 de noviembre de 1937, pero nunca entró en vigor. Para mayor información, véase SOTTILE, Antoine. *Le terrorisme international*. En: RCADI, Tomo III. Volumen. Número 65. 1938. pp. 157 y siguientes; también véase SALAMANCA, R. Augusto. *Hacia una Corte Penal Internacional*. Tesis PUCP. Lima, 1959. pp.16-19.

(21) Sobre el tema, véase DHIAM, Doudou. *La Responsabilidad Penal del Individuo en materia Penal Internacional*. En: *Temas de Derecho Internacional*. Volumen IV. Caracas, 1998. pp. 17-30; FERRER LLORET, Jaume. *Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos. Estudio de la práctica relacional e institucional*. Madrid: Tecnos, 1998; ZAVALA, Jorge. *La Pena. Tomo III: Los procesos de Atenas, Jerusalén y Nüremberg*. E.Q. Editorian, 1988. pp. 261-299; y, el trabajo de uno de los jueces del Tribunal de Tokio: ROLING. *The Law of War and the national jurisdiction since 1945*. En: RCADI. Tomo II. Volumen 1000. 1960. pp. 323-456.

(22) Mayores detalles de esta evolución en: SALMÓN, Elizabeth y Giovanna GARCÍA. *Los Tribunales Internacionales que juzgan individuos: El caso de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda y la Corte Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la Subjetividad Internacional del ser humano*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XI. Número 15. pp. 9-28.

(23) CASSESE, Antonio. *International Law*. 2da. edición. Oxford: Oxford University Press, 2005. pp. 454-455.

(24) *Ibid.*; p. 455.

aprueba el estatuto de este, y por Resolución 955 de fecha 8 de noviembre de 1994 se crea el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sin embargo, el establecimiento de estos tribunales no estuvo exento de críticas, no solo respecto de las competencias del Consejo de Seguridad para adoptar este tipo de resoluciones⁽²⁵⁾, sino por el carácter selectivo de estos mecanismos pues respondían a la discrecionalidad del Consejo para identificar las situaciones que constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales en los términos del artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas, y decidir la medida más idónea para castigar este tipo de actos. En cualquier caso, como señala Carrillo, la iniciativa del Consejo de Seguridad responde a la existencia de una categoría de Derechos Humanos y de obligaciones de Derecho Internacional Humanitario que la comunidad internacional no puede dejar violar impunemente porque ello constituye un grave atentado al orden público internacional⁽²⁶⁾.

Pero estos acontecimientos habían tenido también otro efecto importante en el marco de la comunidad internacional que consistía en haber despertado su interés por instaurar un tribunal, permanente y de alcance general, capaz de sancionar a quienes cometan las más graves violaciones contra los Derechos Humanos. Es por ello que en 1994 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) presenta un proyecto sobre la creación de un tribunal penal internacional ante la Asamblea General de Naciones Unidas, el cual fue sometido a un comité especial y, posteriormente, a un comité preparatorio. Desde que inició su labor, el comité preparatorio contó con la participación de un significativo grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) que colaboró conjuntamente con los Estados en los procesos de negociación y en la Conferencia de

Roma. Asimismo, a lo largo de este proceso distintos Estados presentaron sus propuestas acerca del contenido del Estatuto⁽²⁷⁾.

Finalmente, el comité culminó su labor en abril de 1998 y presentó el proyecto ante la Conferencia de Roma. Este Estatuto fue aprobado y firmado con fecha 17 de julio de 1998, por votación mayoritaria favorable de 120 Estados, 7 votos en contra y 21 abstenciones. Entre los Estados que no firmaron el Estatuto cabe destacar a Estados Unidos, China, Israel, India y Perú⁽²⁸⁾.

El preámbulo de este Estatuto reconoce la competencia de los Estados para juzgar a las personas de crímenes internacionales y, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, no establece una primacía de la jurisdicción de la CPI, lo cual podría interpretarse como una debilidad de la Corte, acordada por los Estados, que han concebido a la CPI simplemente como una *boche-trou* y no como el medio de represión más apropiado para sancionar los crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional⁽²⁹⁾. En cualquier caso, corresponde en primer lugar a los Estados reprimir la comisión de estos crímenes, pero esta actuación debe conformarse con las disposiciones internacionales ya que, de lo contrario, funcionarían las excepciones de cosa juzgada pudiendo la CPI iniciar nuevamente un proceso.

Cabe destacarse que la CPI se encuentra facultada para juzgar criminales cuando el Estado "no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo" (artículo 17, 1 a). Esta posibilidad lleva a que los Estados que son parte del Estatuto deban adecuar su derecho interno a lo aquí previsto. Esta obligación en realidad ya existe para los crímenes de guerra de acuerdo a las Convenciones de Ginebra⁽³⁰⁾, pero si no se hizo para este caso o para cualquier otro, bien

(25) Véase el desarrollo de cada una de estas opiniones en el texto de PELLET, Alain. *Le Tribunal Criminel International pour l'Ex-Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?* En: *Revue Générale de Droit International Public*. Volumen 98. 1994. pp. 24-32.

(26) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *La Cour Pénale...* p. 23.

(27) Sobre el particular, véase KIRSCH, Philippe y John HOLMES. *The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process*. En: *American Journal of International Law*. Volumen 93. Número 1. Enero de 1999. pp. 2-12. Además, véase SUR, Serge. *Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité*. En: *Revue Générale de Droit International Public*. Tomo 103. Número 1. 1999. pp. 29-45.

(28) Con respecto a la participación del Estado peruano cabe señalar que este manifestó su voluntad de firmar el estatuto de la CPI, a través de la Resolución Suprema 443-98-RE del 30 de setiembre de 1998, que delegaba a la Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria del Perú en Italia de ese momento las facultades para suscribir el referido estatuto. Sin embargo, esta resolución fue dejada sin efecto por medio de la Resolución Suprema 478-98-RE del 26 de octubre del mismo año. Véase SALMON, Elizabeth (coordinadora). *La Corte Penal Internacional y las Medidas para su Implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001.

(29) CONDORELLI, Luigi. *La Cour Pénale Internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli ...)*. En: *Revue General de Droit International Public*. Tomo 103. 1999. p. 20.

(30) En relación al contexto de un conflicto armado internacional, el sistema de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I comprometen a los Estados partes a adoptar adecuadas sanciones penales a través de medidas legislativas de represión y sanción contra las personas que hayan cometido o hayan dado orden de cometer cualquiera de las "infracciones graves" contra las disposiciones de los mismos. De la misma manera, comprometen a los Estados a "hacer cesar los demás actos contrarios" a las disposiciones de los instrumentos en cuestión, sobre la base del compromiso de respetar y hacer respetar las disposiciones de estos últimos. En tal sentido, los Estados han asumido la obligación de tipificar y penalizar dentro del marco de su legislación interna -penal común o penal militar- aquellas conductas consideradas como "infracciones graves" en el sistema de Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.

podría darse la situación de que la Corte -por la vía de declarar la incompetencia del Estado- asuma todos los casos que se dieran, lo cual, en honor de la verdad, solo debe alegrarnos porque garantiza un juzgamiento eficaz.

En todo caso, la constitución de esta Corte es producto de un desarrollo histórico y el punto final de una larga evolución. Sin embargo, como dijera el Embajador Yañez Barnuevo una CPI “no constituye una panacea, ni acabará mañana con todos los males de la humanidad, pero con su creación y funcionamiento efectivo se dará un gran paso adelante para luchar contra la impunidad en la que permanecen la gran mayoría de los actos de barbarie cometidos en el mundo”⁽³¹⁾.

Mención aparte merecen lo llamados tribunales mixtos, como los de Sierra Leona, Timor, Cambodia y los tribunales especiales de Kosovo. Estos se componen tanto por jueces nombrados internacionalmente como por jueces nacionales de los Estados en los que se llevan a cabo los procesos. En cualquier caso, su constitución obedece también a situaciones de graves violaciones de los Derechos Humanos en Estados que, por diversas circunstancias, no pueden hacer frente a ellas y llevar a término procesos que respeten las garantías judiciales y restablezcan el orden, por lo que se requiere del escrutinio internacional⁽³²⁾.

De lo anteriormente señalado se puede concluir que en la construcción del nuevo orden internacional constituyen una parte importante no solo la criminalización de las más graves ofensas contra los Derechos Humanos, sino su judicialización internacional. Sin embargo, la amenaza terrorista se cierne contra este nuevo orden, no solo porque atenta contra los individuos sin mayor distinción, sino porque socava el proceso mismo de institucionalización, pues aun cuando ha habido avances normativos en cuanto a su prohibición, los mecanismos institucionales existentes resultan de difícil aplicación, sea por falta de previsión expresa -la cual no obstante puede ser superada a través de la adecuación de los hechos-, como por la escasa posibilidad de identificación de sus agentes. En efecto, este no es el caso de un grupo terrorista que actúa frente a un

Estado (Sendero Luminoso, por ejemplo), sino de un grupo terrorista que tiene alcances globales, con redes en diferentes partes del planeta y que se confabula para atacar a uno o más Estados.

3. La construcción de un nuevo *ordre public* y la amenaza del terrorismo internacional

En términos generales, el orden público puede ser entendido como una noción trascendente y exterior a la norma, en la medida que no forma parte de su contenido normativo⁽³³⁾. En ese sentido, se configura como un estándar jurídico relativo, pues dependerá de la valoración social en un tiempo y espacio determinados. Este elemento espacial permite distinguir un orden público interno, referente a cada Estado, y un orden público internacional u *ordre public* que atiende al conjunto de valores fundamentales o esenciales de la comunidad internacional⁽³⁴⁾, y que también puede reorientarse en función de los valores que sean considerados prioritarios por dicha comunidad.

En otras palabras, el concepto mismo de orden público internacional surge de un consenso en torno a intereses que la comunidad internacional, así compuesta, considera vitales para su propia supervivencia o, visto a contraluz, cuya violación afecta a la comunidad internacional en su conjunto⁽³⁵⁾. Como señaló el juez Mosler, este orden público internacional “consist[ing] of principles and rules the enforcement of which is of such importance to the international community as a whole that any unilateral action or any agreement which contravenes these principles can have no legal force. The reason for this follows simply from logic; the law cannot recognise any act either of one member or of several members in concert, as being legally valid if it is directed against the very foundation of law”⁽³⁶⁾.

Esto significa que el orden público internacional no se limita a las normas de *ius cogens*, sino que se refiere al conjunto de normas mínimas que regulan la convivencia de la comunidad internacional. Según Levi⁽³⁷⁾, abarca tanto las normas imperativas de Derecho Internacional o de *ius cogens*⁽³⁸⁾, como el orden legal en su totalidad, incluyendo sus metas

(31) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *La Cour Pénale...* p. 28.

(32) CASSESE, Antonio. *Op. cit.*; p. 459.

(33) CARDINI, Eugenio. *Orden Público*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 24.

(34) BUCHER, Andreas. *L'ordre public et le but social des lois*. En: *RCADI*. Tomo 239. 1993. p. 25.

(35) En este sentido, el numeral 2 del artículo 19 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados de 1981 utiliza esta noción para la definición del crimen internacional, que es: “El hecho internacional ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la ‘salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional’ que su violación está reconocida como un crimen por esa comunidad en su conjunto”.

(36) MOSLER, H. *The International Society as a Legal Community*. Número 18. 1980. Citado por: MERON, Theodor. *Op. cit.*; p. 421.

(37) LEVI, Werner. *The International Order Public*. En: *Revue de Droit International*. Número 1. 1994. p. 56.

(38) El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece una definición ampliamente aceptada de *ius cogens*: “(...) una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

espirituales y sociales. En este sentido, tiene efecto vinculante de manera inmediata y directa y está sujeto a cambios como cualquier otra norma de derecho positivo.

En tal sentido, según Jaenicke⁽³⁹⁾, contiene principios y reglas relativos a la formación y cambio del Derecho Internacional, a la estructura organizacional de la comunidad internacional, que sirven intereses importantes de la comunidad internacional.

El problema radica en determinar exactamente cuáles son esos valores e intereses principios comunes que componen este orden público. Al respecto, señala Bianchi que "the emergence of such normative categories as jus cogens or obligations erga omnes as well as the protracted coming into being of international crimes... are all manifestations of such a sense of commonality, in which ethical underpinnings are undoubtedly present"⁽⁴⁰⁾.

En todo caso, resulta innegable que la protección internacional de los Derechos Humanos se ha convertido en parte del orden público internacional⁽⁴¹⁾. En efecto, como señala Cançado refiriéndose a las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del Derecho Internacional general (el *ius cogens*) y de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a todos, y a la comunidad internacional como un todo)⁽⁴²⁾.

Al respecto, es necesario precisar que los principales instrumentos internacionales sobre la materia distinguen en su interior un grupo de normas mínimas no suspendibles en ninguna circunstancia ni lugar⁽⁴³⁾. Estas normas constituirían un verdadero núcleo duro de Derechos Humanos, absolutos e inderogables, que adquieren el valor jurídico de *ius cogens* o normas imperativas de la comunidad

internacional⁽⁴⁴⁾ y también, desde una perspectiva más amplia, el carácter de aspiración ética del mundo de nuestros días⁽⁴⁵⁾. Frente a estas normas imperativas, de acuerdo al Derecho Internacional Público, no cabe ninguna norma particular que pretenda alterar de alguna forma su contenido.

De esta manera, las normas de Derechos Humanos que son de *ius cogens* pertenecen al grupo de normas de orden público, ya que su trasgresión socava las bases de la convivencia social. Pero, a su vez, todas las normas de Derechos Humanos son normas de interés público y el respeto de su contenido esencial una cuestión de orden público, por cuanto es de interés de la comunidad internacional en su conjunto velar por la protección de estos derechos, tal como se refleja en los tratados que versan sobre esta materia. En ese sentido, señala Bianchi que la doctrina de los Derechos Humanos "has enormously contributed to laying the foundations of an international public order based on a commonality of core values which most people, despite their government's view, would regard as fundamental"⁽⁴⁶⁾.

En resumen, la comunidad internacional ha considerado que estas normas de Derechos Humanos corresponden a una materia de orden público por los valores que se encuentran detrás de ellas. Estos han sido positivizados y reconocidos por todos los Estados como condiciones mínimas que regulan y limitan las actuaciones de los Estados en sus relaciones internacionales y con los particulares bajo su jurisdicción. Mediante este desarrollo conceptual se avanza en la superación de los obstáculos de los dogmas del pasado y en la creación de un verdadero *ordre public* internacional basado en el respeto y observancia de los Derechos Humanos. Dicho desarrollo contribuirá, así, a una mayor cohesión de la comunidad internacional organizada (la *civitas maxima gentium*), centrada en la persona humana⁽⁴⁷⁾.

Como señala Kelsen⁽⁴⁸⁾ el Derecho Internacional deja de ser un *ius inter potestates* (que solo regula las relaciones entre entidades soberanas), para

(39) JAENICKE, Günther. *Internacional Public Order*. En: BERNHARDT, Rudolf (director). *Encyclopedia of Public International Law*. Max Planck Institute for Comparative Law and International Law. 1992. p. 1350.

(40) BIANCHI, Andrea. *Op. cit.*; p. 268.

(41) Al respecto señala Simma: "(...) because there is no other 'community interest' so far detached from individual state interests as that of enforcing human rights worldwide". SIMMA, Bruno. *From bilateralism to community interest*. En: *RCDI*. Tomo 250. 1994. p. 242.

(42) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, parágrafo 76*.

(43) Véase Artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 15 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

(44) Un mayor desarrollo de este tema se encuentra en: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía...* pp. 148-149. Asimismo, véase SALMÓN, Elizabeth. *América Latina y la Universidad de Derechos Humanos*. En: *Agenda Internacional*. Año IV. Número 12. Enero-junio 1999. pp. 123-136.

(45) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía...* *Op. cit.*; pp. 142-149.

(46) BIANCHI, Andrea. *Op. cit.*; p. 265.

(47) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, parágrafo 81*.

(48) KELSEN, Hans. *Les Rapports de Systeme entre le droit interne et le droit international public*. En: *RCADI*. Volumen IV. 1926. pp. 325-326. En sentido similar véase CASSESE, Antonio. *International Law*. 2da. edición. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 166.

alcanzar a los individuos. De ahí que se esté convirtiendo en una *civitas maxima* (que comprende a Estados, individuos y otras entidades). Por esto el Derecho Internacional está en camino de convertirse más que en un *ius inter partes* (con una regulación esencialmente horizontal) en un *ius super partes* (un cuerpo de disposiciones que regula los asuntos internacionales “desde arriba”).

Adicionalmente, los Estados han entendido que no basta con reconocer estos derechos, sino que para dotar de eficacia el respeto y cumplimiento de los mismos cualquier trasgresión contra ellos debe ser pasible de sanción. Como recientemente ha señalado Cançado Trindade: “There is a whole logic and common sense in attributing such power to those organs, guardians as they are of the integrity of human rights treaties, instead of abandoning such determination to the interested States Parties themselves, as if they were, or could be, the final arbiters of the scope of their conventional obligations. Such system of objective determination would foster the process of progressive institutionalisation of the international protection of human rights, as well as the creation of a true international public order (*ordre public*) based on the full respect to, and observance of, human rights”⁽⁴⁹⁾.

En lo que respecta a la responsabilidad pasiva del individuo, existe también una tendencia a la institucionalización de mecanismos que puedan canalizar la respuesta de la comunidad internacional. No obstante, este camino no siempre ha sido lineal y ha sufrido serios reveses, sobre todo recientemente con la reaparición del fenómeno terrorista.

A inicios de la década del noventa Manfred Lachs sostuvo que “le terrorisme qui représente une plaie de notre siècle est heureusement en déclin et devrait aussi disparaître”⁽⁵⁰⁾. Sin embargo, los sucesos del 11 de setiembre de 2001 en Washington y Nueva York contradijeron la primera parte de esta proposición. Si bien la erradicación de todo acto terrorista es una aspiración de la comunidad

internacional, somos testigos de cómo este fenómeno ha cobrado nuevas dimensiones en el ámbito internacional, reorientando incluso el interés de la misma que parecía haberse centrado en los temas de medioambiente y reducción de la pobreza. Pero ahora, conmovida por los acontecimientos que vienen ocurriendo los últimos cuatro años, ha redireccionado sus intereses a lograr la erradicación definitiva de este fenómeno. La pregunta es si se trata de la actuación de la comunidad internacional o de los Estados individualmente considerados.

En primer lugar, conviene advertir que pese a los esfuerzos de la comunidad internacional por erradicar este fenómeno, no existe a la fecha una definición de terrorismo internacional⁽⁵¹⁾, únicamente se ha logrado prohibir determinados actos considerados terroristas. De otro lado, hay una escasa participación de parte de los Estados en este tipo de tratados y, además, no existen mecanismos coercitivos para el cumplimiento de los mismos más allá de la cooperación estatal⁽⁵²⁾. Ello, aunado a una serie de factores, ha llevado a que los Estados se decanten por una reacción unilateral. Sin embargo, compartimos la posición de Pellet cuando señala que “if crimes are prevented, conceptually speaking, it will become indispensable to find some international machinery in order to neutralize the unilateralist temptations of the big powers exactly as the mechanism for dispute settlement has accompanied the definition of new rules of the game in the trade relations and has constituted a great achievement of ‘communitarianism’ versus ‘unilateralism’”⁽⁵³⁾.

Ello no es tarea sencilla si se tiene en cuenta que el terrorismo es un crimen ciego que no discrimina a sus víctimas⁽⁵⁴⁾, sino que además los perpetradores de estos actos no son de fácil identificación ni ubicación. Se puede decir que la globalización de los medios ha alcanzado también al terrorismo, que no se restringe a un territorio determinado sino que como señala Condorelli, se mueve como “un gran pulpo

(49) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 11 de marzo de 2005, voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, párrafo 39.*

(50) LACHS, Manfred. *Le Droit International a l'aube de XXI siècle*. En: *Revue General de Droit International Public*. 1992. p. 533.

(51) Podríamos, sin embargo, citar como referencia la Resolución 49/60 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 9 de diciembre de 1994, en cuya Declaración anexa, párrafo 3 síndica como terrorismo lo siguiente: “Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstances unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may invoke to justify them”.

(52) CASSESE, Antonio. *Op. cit.*; pp. 465-468.

(53) PELLET, Alain. *Brief remarks on the unilateral use of force*. En: *European Journal of International Law*. Volumen 11. Número 2. 2000. pp. 391-392.

(54) Osama Bin Laden justificó los ataques a la población civil estadounidense al señalar que es ella la que al elegir voluntariamente a sus gobernantes y pagar impuestos es en última instancia responsable de la financiación de los ataques contra los musulmanes, sea a todas luces contraria al DIH. En efecto, señalar como lo hace Osama Bin Laden, que es la población estadounidense quien controla que sus fondos sean utilizados de la forma que ella quiere a través de sus gobernantes y, por tanto, responsable de los ataques no es más que una violación del principio de distinción producto de una errónea y maquiavélica interpretación del término “participación directa en las hostilidades”. En: BIN LADEN, Osama. *Letter to the American People*. En: *The Observer*. 24 de noviembre de 2002.

con mil tentáculos⁽⁵⁵⁾. En efecto, no solo se cometen actos terroristas en el marco de conflictos armados sino también en tiempo de paz, pero además estos grupos pueden o no estar vinculados a algún Estado en particular y esta vinculación, de haberla, puede ser de distintos tipos como, por ejemplo, apoyo económico, aquiescencia en cuanto a su permanencia en el territorio, suministro de implementos logísticos (armas, municiones, etcétera), entrenamiento, apoyo con personal o agentes del mismo Estado, entre otros.

Lo cierto es que sin importar el nivel de conexión de estos grupos con los Estados, los individuos que cometen estos actos son pasibles de ser sancionados internacionalmente, bien sea porque dichos actos podrían resultar calificables como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra y, en tales casos, perseguido por la CPI. Y es ahí donde podemos encontrar una respuesta institucionalizada de la comunidad en su conjunto, aunque si bien es cierto esta es todavía incipiente y no satisface la solución del problema, pues como señaló la Asamblea General: "(...) urge to Status to 'contribute' to the progressive elimination of the causes underlying international terrorism and to pay special attention to all situations, including, inter alia, colonialism racism and situations involving mass and flagrant violations of human rights and fundamental freedoms and those involving alien occupation, that may give rise to international terrorism and may endanger international peace and security"⁽⁵⁶⁾.

En todo caso, nos encontramos en un momento decisivo en la reconstrucción de un nuevo orden internacional. De modo tal que, "it is the duty of our generation (and the next ones) to strengthen and deepen these conceptual advances and to see to it that they go hand to hand with parallel effective institutional mechanism"⁽⁵⁷⁾.

4. Comentario final

El consentimiento estatal se encuentra también presente en los mecanismos que buscan perseguir

penalmente a los individuos que cometen u ordenan cometer violaciones a los Derechos Humanos. No se trata de un consentimiento *a posteriori* y caso por caso, pero sí un consentimiento que puede llegar a mediatizar la acción de la justicia internacional. Se trataría de una suerte de costo de la lucha contra la impunidad: se podrá en efecto perseguir internacionalmente a los que cometan los crímenes más graves, pero a cambio de esta concesión de la soberanía estatal el mecanismo solo se aplicará si es que media la anuencia estatal.

Esta idea no parece condecirse con el sustento mismo de evitar la impunidad. No obstante, responde a la dinámica del Derecho Internacional contemporáneo en el que la figura de la soberanía estatal permanece, pero no sirve más para sustraer de su responsabilidad internacional a aquellos que deciden violar grave, masiva y sistemáticamente las normas que protegen al ser humano tanto en tiempos de paz como en los desoladores tiempos de conflictos armados.

En este sentido, los intereses que representan estos tribunales condicionan y someten los intereses particulares de los Estados porque es el propio consenso de los Estados el que constituye la razón de ser de los mismos. Y es que, como afirma Carrillo Salcedo⁽⁵⁸⁾, la definición de comunidad internacional como una colectividad humana única y global, obliga a manejar una aproximación también global del Derecho Internacional y ha creado una situación donde la coexistencia ordenada deviene imposible sin un cierto orden público internacional y sin ciertas reglas concretas que deben ser estrictamente observadas.

De lo que se trata, en última instancia, es de dotar a la comunidad internacional de los mecanismos apropiados para sancionar a los grandes violadores de las normas que protegen al ser humano. En este sentido, resulta incuestionable que la criminalización y el establecimiento de órganos que determinen la responsabilidad penal individual forma decididamente parte del nuevo orden público internacional. \square

(55) CONDORELLI, Luigi. *Op. cit.*; p. 20.

(56) ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. *Resolución 40/61 de 1985, parágrafo 9 y Resolución 42/159 de 1987, parágrafo 8.*

(57) PELLET, Alain. *Op. cit.*; p. 391.

(58) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Globalización y Orden Internacional*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones, 2004. pp. 34-35.