

*DERECHO INTERNACIONAL PENAL EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO CON PARTICULAR REFERENCIA
A LOS NUEVOS DESARROLLOS QUE CABRIA
ESPERAR EN ESTE PLANO HACIA EL
FUTURO*

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ofrece una definición de lo que sería la norma imperativa de derecho internacional general en su artículo 53 y al referirse al conflicto con normas convencionales, limita la omnipotente voluntad de los Estados en materia de celebración de tratados. La originalidad del planteamiento a la luz del derecho internacional clásico hizo que la doctrina analizara el concepto de *jus cogens* para determinar su contenido y al mismo tiempo fijar los linderos de la libertad de acción de los Estados. La introducción del concepto de derecho natural en el ámbito del derecho positivo mediante las normas imperativas de derecho internacional general constituye una de las características principales del último decenio desde un punto de vista jurídico y explica el empeño de la comunidad internacional de Estados en otorgar al individuo una mayor protección frente al Estado cuya caprichosa discrecionalidad quede restringida mediante la expedición de nuevas normas internacionales. La definición de la agresión de 1974, los últimos desarrollos en materia de Derechos Humanos, así como la tipificación de crímenes y delitos internacionales que establece el derecho internacional penal, reflejan la voluntad de otorgar al individuo mayor ingerencia en las relaciones internacionales, como sujeto de derecho internacional y de controlar mejor al Estado mediante un nuevo régimen de responsabilidad internacional. Desde ese punto de vista ofrece especial interés la situación del sistema interamericano cuyos proyectos de convenciones sobre la tortura como crimen internacional y en materia de extradición, se enmarcan perfectamente dentro del contexto que acabamos de señalar y demuestran la importancia futura del derecho internacional penal.

Para poder analizar el tema, objeto de la presente disquisición, sería conveniente comparar, lo que podría llamarse, el concepto tradicional con las nuevas características del derecho internacional penal.

1. *El concepto tradicional del derecho internacional penal*

El eminente tratadista Claude Lombois en su obra *Derecho penal internacional*¹ se refiere primero al “derecho de las infracciones internacionales” como rama que obedece al derecho internacional público, para después considerar lo regido por el derecho internacional privado como “derecho penal internacional”. Según este autor, el concepto de derecho penal tiene como marco de referencia al concepto de orden público. Cualquier sociedad tiene un orden público, de ahí que la comunidad internacional de Estados puede también fundamentarse en un concepto similar cuya definición sería la siguiente:

“El orden público internacional debe entenderse como el conjunto de normas imperativas de cuyo respeto depende la convivencia organizada de los Estados Soberanos”. Vemos, por consiguiente la relación muy estrecha que puede existir entre el *jus cogens* y la noción de orden público internacional, hasta el punto que se confunden en ciertos casos. Tal como puede existir un orden público en el ámbito universal, puede existir un orden público regional, aún más en el caso del sistema interamericano cuyas características jurídicas sean tan claras y precisas.

a) El derecho internacional penal, como rama del derecho internacional público:

Desde el punto de vista del derecho internacional público, los delitos internacionales pueden dividirse en infracciones internacionales por naturaleza e infracciones internacionales por la simple forma de incriminación. En la primera categoría quedarán comprendidos los siguientes temas: Derecho humanos, derecho de guerra, agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, apartheid, actos contra la libre determinación de los pueblos, etcétera.

En la segunda encontraríamos aquellas infracciones que son internacionales por su simple forma de incriminación: tráfico de narcóticos, trata de esclavos, trata de blancas, etcétera.

En el ámbito interamericano, existen las siguientes convenciones que consagran infracciones internacionales por naturaleza:

Tratado de extradición y protección contra el anarquismo (Washington, 1890); Convención sobre asilo (La Habana, 1928).

¹ Lombois, Claude. *Droit Penal International*, 1971, *Precis Dalloz*, Paris.

Convención sobre deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles (La Habana, 1928).

Convención sobre asilo político (Montevideo, 1933).

Convención sobre mantenimiento, afianzamiento y establecimiento de la paz (Buenos Aires, 1936).

Protocolo adicional relativo a la no intervención (Buenos Aires, 1936).

Tratado interamericano de asistencia recíproca (Río de Janeiro, 1947).

Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer (Bogotá, 1948).

Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer (Bogotá, 1948).

Convención sobre asilo diplomático (Caracas, 1954).

Convención sobre asilo territorial (Caracas, 1954).

Convención Americana sobre derechos humanos (San José, 1969).

Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional (Washington, 1971).

Convención que define la tortura como crimen internacional (Washington, 1980).

En cuanto a las infracciones internacionales por la simple forma de incriminación, el sistema interamericano se limita a dar cumplimiento a las normas universales en la materia, mediante los mecanismos de la extradición pertenecientes al derecho internacional privado.

b) El derecho internacional penal como rama del derecho internacional privado

En este caso encontraríamos la aplicación extraterritorial del derecho penal interno, teniendo en cuenta el carácter externo de cualquiera de los hechos; nacionalidad del delincuente o de la víctima, lugar del delito, ubicación del delincuente, ley aplicable, juez competente, etc. . . Las disposiciones, principios y reglas generales del derecho internacional privado serían aplicables, y más especialmente lo dispuesto en los tratados de extradición.

En el ámbito interamericano, la extradición podría fundamentarse en los siguientes tratados multilaterales:

Tratado sobre derecho penal internacional (Montevideo, 1889).

Acuerdo sobre extradición (Caracas, 1911).

Convención sobre derecho internacional privado (La Habana, 1928).
Convención sobre extradición (Montevideo, 1933).

Tratado de derecho penal internacional (Montevideo, 1940).

Proyecto de convenio interamericano sobre extradición (Caracas, 1981).

Un estudio detenido de todas estas convenciones nos llevaría a las siguientes conclusiones en materia de derecho internacional penal: el sujeto activo del derecho penal internacional es el individuo, razón por la cual muchos autores consideraron que en este campo específico el particular actúa como sujeto de derecho internacional. Los delitos internacionales por naturaleza así como aquellos por su forma de incriminación, tipificados por el derecho positivo, se refieren a los individuos como delincuentes internacionales y no a los Estados. Puede sorprender que, dentro del concepto clásico de derecho internacional penal, el Estado no sea sindicado, por los actos ilícitos que haya cometido, a menos que recordemos que la soberanía absoluta e irrestricta del Estado constituye su principio fundamental.

2. *El nuevo concepto de derecho internacional penal*

La teoría del *jus cogens* consagrada en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados permite limitar, para no decir reglamentar, el ejercicio de la libertad convencional que poseen los Estados como lógica consecuencia de su soberanía absoluta. Una vez establecido el principio según el cual “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”, la comunidad internacional de Estados en su conjunto podría entrar a definir los delitos que comete el Estado y fijar criterios sobre su responsabilidad. Después de considerar las primeras conclusiones presentadas por la comisión de derecho internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó, mediante las resoluciones 3315 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974, y 3495 (XXX) de diciembre 15 de 1975 a la comisión

que prosiga su labor sobre la responsabilidad de los Estados, asignándole carácter de alta prioridad con miras a la preparación de un primer proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos en el plazo más breve posible y que se ocupe, tan pronto como sea oportuno, del tema distinto de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional.

a) La responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos

El proyecto aprobado por la comisión de Derechos Internacionales en 1976 establece claramente la responsabilidad del Estado en los siguientes términos:

Artículo 1o. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionales ilícitos.

Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

Artículo 2o. Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Todo estado está sujeto a la posibilidad de que se considere que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional.

Artículo 3o. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando:

a) un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el Derecho Internacional al Estado; y

b) Ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

En el capítulo II del proyecto, la Comisión de derecho internacional se refiere “al hecho del Estado” según el derecho internacional en los siguientes términos:

“el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado” (artículo 5); “el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad” (artículo 7, párrafo 1); “el comportamiento de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público” (artículo 7, párrafo 2); “el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si, a) consta que esa persona o grupo de personas actuaba de hecho por cuenta del Estado, o b) esa persona o grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas” (artículo 8). Por otra parte, el artículo 10 del proyecto establece que “el comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad,

se considerará hecho del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate el órgano se haya exento en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad”. Cabe anotar que “no se consideran hechos del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúen por cuenta del Estado” (artículo 11).

Lo anterior reviste singular importancia en el campo del derecho internacional penal si aceptamos que normas imperativas de derecho internacional general establecen delitos internacionales cuyos sujetos positivos son los individuos pero con la obligación para el Estado de expedir las normas jurídicas necesarias para prevenir o sancionarlos. Por consiguiente al lado de la responsabilidad directa del individuo aparece también la responsabilidad del Estado, con carácter directo; por cualquier hecho internacionalmente ilícito cuando su comportamiento consiste en una acción u omisión que constituye una violación de una obligación internacional (artículo 3 del proyecto de la C.D.I.).

Ese mismo aspecto tiene un tratamiento, que podríamos calificar de tradicional en el ámbito interamericano, ya que el proyecto de convención sobre la tortura como crimen internacional se refiere al individuo como sujeto activo y mantiene el criterio de responsabilidad internacional del Estado de carácter indirecto.

b) La tipificación de crímenes y delitos internacionales

El aspecto más novedoso que surgió en el ámbito del derecho internacional en los últimos años, es, sin duda alguna, el artículo 19 del proyecto de la C.D.I. sobre responsabilidad de los Estados, en el cual aparecen las definiciones de los crímenes y delitos internacionales. El párrafo 2 del mencionado artículo define el crimen internacional en los siguientes términos:

“El hecho internacionalmente 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 crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional”. Ustedes seguramente anotarán la similitud de esta reducción con la definición de norma imperativa de derecho internacional general consagrada en el artículo 53 de la Convención de Viena. La semejanza es aún más notable entre el

concepto de “crimen internacional” y la definición de *jus cogens* si tenemos en cuenta el párrafo 3 del artículo 19 del proyecto:

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar en particular:

a) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como lo que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) De una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

En cuanto a la definición “delito internacional” figura en el párrafo 4 del artículo antes mencionado:

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.

En el ámbito interamericano el proyecto de convención que define a la tortura como crimen internacional acoge las disposiciones de una norma imperativa de derecho internacional general consagrada en la resolución 3452 (XXX) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1975, titulada “Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. En efecto el artículo 1o. del proyecto aparece redactado en los siguientes términos:

“Artículo 1. Los estados contratantes confirman que la tortura es un crimen internacional que se obligan a prevenir y a sancionar en los términos de los artículos siguientes:”

En cuanto a los responsables de este crimen, el artículo 2o. del proyecto de convención, preparado por el comité jurídico interamericano de Río de Janeiro, menciona: a) al empleado o funcionario público que ordene, investigue o induzca su aplicación o la aplique directamente; b) a quienes, sin ser empleados o funcionarios públicos, la ordenan, in-

duzcan o aplique; c) a quienes, teniendo la obligación y posibilidad de impedirle, no lo hacen. Cabe anotar que en ningún momento se menciona al Estado como responsable del crimen de tortura.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que, en el ámbito universal, las nuevas orientaciones del derecho internacional penal configuran una responsabilidad internacional de carácter directo, tanto del Estado como del individuo, en caso de actos ilícitos según el derecho de gentes.

Por el contrario, el sistema interamericano mantiene la responsabilidad directa del individuo y parece confirmar asimismo una responsabilidad de segundo grado por parte del Estado.

A la luz de todo lo anterior vamos a considerar la siguiente tesis: Ante la tipificación de crímenes y delitos internacionales en el ámbito universal que conllevan a la responsabilidad internacional del Estado, el sistema interamericano se limita a incorporarlos al ordenamiento jurídico americano sin apartarse del concepto tradicional de responsabilidad internacional del individuo.

PRIMERA PARTE

La tipificación de crímenes y delitos internacionales en el ámbito universal conjuntan la responsabilidad internacional del Estado

La determinación de crímenes y delitos internacionales en el ámbito universal es, en realidad, un fenómeno muy reciente aunque algunos hechos ilícitos internacionales ya hubiesen sido tipificados como tales con anterioridad a la convención de Viena y de su respectivo desarrollo progresivo tanto por la comunidad internacional como por la comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas.

En ese sentido podríamos mencionar algunos documentos expedidos después de 1920 en el campo del uso de la fuerza armada: el “tratado de asistencia mutua”, elaborado en 1923 por la Sociedad de las Naciones califica desde entonces como “crimen internacional” a la guerra de agresión; el protocolo de Ginebra, de 1924 para la solución de las controversias internacionales definía la guerra de agresión como una infracción de la solidaridad que une a los miembros de la comunidad internacional y como “crimen internacional”, la resolución de septiembre de 1927, aprobada por unanimidad por la S.D.N., volvió a confirmarlo y, finalmente la resolución de febrero 18 de 1928, aprobada por todos los Estados americanos durante la VI Conferencia Interamericana de

La Habana consideraba la agresión como “un crimen internacional de la humanidad”. Fueron expedidos después de 1969 la mayoría de las normas consideradas como normas imperativas de derecho internacional general. Una lista somera confirmaría la afirmación que acabamos de hacer: Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948), Declaración universal de los derechos humanos (10 de diciembre de 1948), Convención sobre genocidio (9 de diciembre de 1948), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Res. 1514 expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de diciembre de 1960), Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía (Res. 2131 expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965), Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y pacto internacional de derechos civiles y políticos (16 de diciembre de 1966), Convención americana sobre derechos humanos (1969), Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación ante los Estados de conformidad con la carta de las Naciones Unidas (Res. 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970), Declaración sobre la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y la expansión de las fuentes internas de acumulación para el desarrollo económico (Res. 2692 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, (1970), Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971), Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión cuando estos tengan trascendencia internacional (OEA, 1971), Convención sobre prevención y castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (N. V. 1973), Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid (Res. 3068 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 30 de noviembre de 1973), definición de la agresión (Res. 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1974), Declaración sobre los derechos y deberes económicos de los Estados (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1974), Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Res. 3452 Asamblea General de las Naciones Unidas, 1975), etcétera.

La Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas, en su proyecto sobre la responsabilidad del Estado, se refiere en su artículo

19 a cuatro categorías de normas imperativas de derecho internacional general: Mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, derecho a la libre determinación de los pueblos, salvaguardia del ser humano, protección del medio ambiente. Cualquier incumplimiento grave de estas obligaciones sería considerado como crimen internacional. En esta materia, el desarrollo progresivo del derecho existente realizado por la C.D.I. es fundamental tal como ella misma lo señala en su informe de 1976.

. . . en lo que concierne a determinados aspectos, no hay tanta abundancia de precedentes como, por ejemplo, en el caso de la determinación de los criterios para la atribución de un hecho al Estado. Por lo tanto, hay que suplir, en su caso, esa carencia procurando tomar cuidadosamente en consideración, para inspirarse en ellas al formular ciertas reglas, las verdaderas exigencias de la comunidad internacional actual y sus ideas y tendencia más autorizadas. En otras palabras, el desarrollo progresivo del derecho internacional debe prevalecer a veces sobre la codificación en sentido estricto.²

1. La tipificación de crímenes y delitos internacionales

La comisión de derecho internacional, al considerar el tema de la responsabilidad del Estado, examinó tres materias muy concretas:

“a) Si la fuente de la obligación jurídica internacional infringida (norma consuetudinaria, convención, etcétera) tiene o no efectos para la determinación de la violación como hecho internacionalmente ilícito; b) El requisito según el cual la obligación internacional cuya violación se denuncia debe haber estado en vigor en el momento en que se ha producido el hecho constitutivo de la violación; y c) Si es preciso en la actualidad admitir la existencia de una distinción basada en la importancia para la comunidad internacional del objeto de la obligación violada y si, por lo tanto, es preciso poner de relieve, en el derecho internacional actual, una categoría distinta y más grave de hechos internacionalmente ilícitos que puedan ser calificados de crímenes internacionales.³

Después de analizar con lujo de detalles tanto la jurisprudencia internacional como la práctica de los Estados, la Comisión llegó a las siguientes conclusiones: a) que el origen de la obligación internacional violada por un hecho del Estado no influye en la calificación de tal hecho internacionalmente ilícito; y b) que el origen de la obligación internacional

²Ver. Anuario C.D.I., 1976, II, Segunda parte, p. 192.

³Ver cita anterior, p. 179, punto 4.

violada tampoco influye de por sí en el régimen de la responsabilidad internacional a que da lugar un hecho internacionalmente ilícito.

Teniendo en cuenta la existencia del *jus cogens*, la C.D.I. llega a la conclusión que existen hechos internacionalmente ilícitos que pueden ser calificados de crímenes internacionales:

Tal vez la existencia de principios denominados “constitucionales” o “fundamentales” del ordenamiento jurídico internacional podría proporcionar una base más sólida para trazar una distinción entre la responsabilidad internacional a que da lugar la violación de una obligación dimanante de uno de esos principios y la que resulta de la violación a los Estados de otras obligaciones impuestas por algunos de los principios aludidos a veces afectan a los intereses vitales de la comunidad internacional y que, por tal concepto, su violación merece en ciertos casos, un régimen de responsabilidad más severo que el que corresponde a otros hechos internacionalmente ilícitos.⁴

La distinción entre crímenes y delitos internacionales se fundamenta en el

convencimiento de que una violación de las obligaciones impuestas por normas de esta naturaleza no puede ser considerada ni tratada lo mismo que una violación “como las otras”, sino que representa necesariamente un hecho internacionalmente ilícito mucho más grave una transgresión que debe calificarse de otra manera y que debe estar sujeta en consecuencia a un régimen distinto de responsabilidad.⁵

La comisión de derecho internacional llega a ese resultado teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

a) La distinción consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional de una categoría especial de normas calificadas de “imperativas” o de “*jus cogens*”; b) El establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado, y ello de conformidad con normas de derecho penal interno particularmente severas; y el hecho de que la carta de las Naciones Unidas atribuye consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales.⁶

⁴C.D.I., p. 212, punto 21.

⁵C.D.I., p. 254, punto 15.

⁶Ver citas, C.D.I., p. 254, punto 16.

Por consiguiente, la metodología establecida en el artículo 19 del proyecto sobre responsabilidad del Estado sería la siguiente: primero, determinar si el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional se refiere o no a “una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional”; segundo, si la respuesta fuera afirmativa, sería indispensable analizar si esta violación de una norma fundamental está reconocida o no por la comunidad internacional de estados en su conjunto como crimen internacional; tercero, si la respuesta a la primera pregunta fuere negativa o si la violación de “una obligación internacional esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional” no fuere reconocida como crimen internacional, lo cual sería contradictorio en el espíritu del artículo pero totalmente compatible con su redacción, entonces estaríamos ante un delito internacional con la respectiva responsabilidad internacional del Estado. Por lo tanto, dejemos de un lado el estudio de los delitos internacionales, para volver a señalar ejemplos de “crímenes internacionales” mencionados en el artículo 9, párrafo 3 del proyecto:

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional puede resultar en particular.

a) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) De una violación grave de una obligación de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial.;

c) De una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como los que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia, y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

2. La responsabilidad internacional del Estado

El sujeto positivo del régimen de responsabilidad internacional que establece el proyecto de la Comisión, es el Estado, la redacción del artículo 19 antes mencionado es sumamente claro al respecto: “El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación interna-

cional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada”. El artículo 1o. del texto subraya aún más esa responsabilidad del Estado al decir que “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad de éste”. No puede existir excepción alguna por el régimen jurídico, estructura política, orientación filosófica del Estado, según lo dispuesto en el artículo 2o.: “Todo Estado, está sujeto a la posibilidad de que se considere que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional”.

La responsabilidad del Estado existe también en el caso de que la violación de la obligación internacional haya sido realizada por personas que actúan de hecho por cuenta del Estado. El artículo 8 del proyecto de la C.D.I. se refiere a ese aspecto en los siguientes términos:

Artículo 8. Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan por cuenta del Estado.

Se considera también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas así:

- a) Consta que esa persona o grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado, o
- b) Esa persona o grupo de personas, ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas.

Cuando la violación de la obligación internacional sea el hecho de personas que no actúan por cuenta del Estado, solo podría aparecer la responsabilidad internacional del individuo según la naturaleza del hecho internacionalmente ilícito, y no la responsabilidad del Estado, a menos que haya permitido por omisión que se cometa el acto ilícito. Cabe anotar en ese sentido, que la del artículo 11 del proyecto no es satisfactoria a menos de leerla a la luz de las disposiciones del artículo 3.

Artículo 11. Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado.

1o. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado.

2o. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionada con el de las personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Los comentarios de la Comisión de derecho internacional respaldan plenamente la existencia de una responsabilidad especial del Estado en caso de crímenes internacionales y ordinaria ante los delitos internacionales, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que puedan tener los individuos como sujetos activos del derecho internacional penal. Los miembros de la C.D.I. después de analizar la evolución de la doctrina aprobaron por unanimidad las siguientes conclusiones:

En primer lugar, han reconocido que el objeto de la obligación internacional violada no influye en el calificación de internacionalmente ilícito del hecho del Estado autor de esa violación: cualquiera que sea la materia a la que se refiere la obligación, y cualquiera que sea su contenido específico, el hecho del Estado de que no esté en conformidad con lo que él exige esa obligación es siempre y sin discusión un hecho internacionalmente ilícito. En segundo lugar, la Comisión ha reconocido, en cambio, que el objeto de la obligación internacional violada tiene una repercusión innegable en la definición del régimen de responsabilidad vinculado al hecho internacionalmente ilícito resultante de tal violación.

De ahí que la distinción entre las diferentes categorías de responsabilidad del Estado según la importancia de la violación de la obligación internacional, deba aparecer ulteriormente en los trabajos de la C.D.I.

CONCLUSIONES

Para concluir esta primera parte, es conveniente recordar que los trabajos de codificación y de desarrollo progresivo del derecho internacional por el órgano competente de las Naciones Unidas, se refieren a los crímenes y delitos internacionales por parte del Estado, sin que por ello se modifique lo dispuesto por el derecho internacional positivo aplicable a los individuos. Este aspecto aparece en el informe de la comisión cuando dice: “Huelga decir que, al adoptar la denominación de crímenes internacionales la comisión entiende únicamente referirse a crímenes de Estado, a hechos atribuibles al Estado como tal”. Nuevamente la comisión desea poner en guardia contra toda confusión entre la expresión “crímenes internacionales” empleada en este artículo, y expresiones similares (“crímenes de derecho internacionales”, “crímenes de guerra”, “crímenes contra la paz”, “crímenes contra la humanidad”, etcétera), utilizadas en una serie de convenciones e instrumentos internacionales para designar determinadas fechorías individuales respecto de las cuales tales instrumentos exigen de los Estados que se castiguen adecuadamente y conforme a las normas de su derecho interno a las

personas culpables. Una vez más la Comisión aprovecha esta ocasión para subrayar que la atribución al Estado de un hecho internacionalmente ilícito calificado de “crimen internacional” es algo muy distinto de la imputación a ciertos individuos-órganos de actos relacionados con la perpetración de un “crimen internacional” del Estado y que la obligación de castigar tales actos individuales no constituye la forma de responsabilidad internacional especialmente aplicable al Estado autor de un “crimen internacional” o, “en todo caso, la única forma de esa responsabilidad”.

SEGUNDA PARTE

El sistema interamericano se limita a incorporar los nuevos crímenes y delitos internacionales, consagrados en el ámbito universal, al ordenamiento jurídico americano, sin apartarse del concepto tradicional de responsabilidad internacional del individuo

La aparición de normas imperativas de derecho internacional general, en el ámbito universal, nos lleva a plantear una serie de interrogantes sobre la competencia misma que tienen los Estados americanos para actuar en este campo o si solo pueden limitarse a complementar los principios aceptados por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La determinación de una norma imperativa obliga a cualquier Estado americano sin que éste pueda alegar su voto negativo o falta de participación en su proceso de elaboración. Por consiguiente, las características mismas del derecho imperativo imponen una respuesta novedosa por parte de los Estados quienes no pueden rechazar o desconocer el principio que se consagra en el ámbito universal (la agresión como crimen internacional, la libre determinación de los pueblos, por ejemplo) pero sí podrían precisar su alcance o contenido mediante una incorporación al ordenamiento jurídico regional o sub-regional.

En este sentido, ya tuve la oportunidad de pronunciarme hace unos años al respecto en los siguientes términos:

La norma de *jus cogens* por ser imperativa se aplica a toda la sociedad de Estados, por lo tanto es de derecho internacional general. Esto no quiere decir que no pueda existir un derecho imperativo regional, siempre y cuando constituya

un desarrollo progresivo de ciertos puntos específicos del *jus cogens* universal, con el fin de ajustarlo a las realidades de un sistema jurídico particular.⁷

Desde ese punto de vista, las actividades del Comité Jurídico interamericano son muy ilustrativas en los últimos años, por la naturaleza de los temas que figuran en su temario. Por ejemplo, en 1976, el Comité adelantó el estudio de un proyecto de instrumento tendiente a definir los casos de violación al principio de no intervención. El año siguiente, el Comité analizó y aprobó el texto de un proyecto de convención interamericanas sobre extradición que se considerara en una conferencia de plenipotenciarios en febrero de 1981. Ese mismo año se consideraron dos temas que el derecho internacional general considera como derecho imperativo: el principio de autodeterminación y su campo de aplicación así como las posibilidades de tipificación de delitos económicos y comerciales internacionales. En 1978 aparecen cuatro temas en el temario de Río de Janeiro, que tienen muchos vínculos con el *jus cogens*: el colonialismo territorial en América, la tortura como crimen internacional, un proyecto de convención sobre aspectos específicos del terrorismo y las medidas para promover el acceso de los territorios no autónomos a la independencia en el sistema interamericano. El 6 de febrero de 1980 el Comité jurídico interamericano aprobó el proyecto de convención que define la tortura como crimen internacional que se sometió a consideración de la Asamblea General de la OEA por consiguiente las perspectivas de evolución del derecho internacional penal en el sistema interamericano están esbozadas en esos intentos de codificación y más especialmente en el proyecto de convención que define la tortura como crimen internacional, así como el proyecto de convención interamericana sobre extradición.

1. La incorporación de crímenes y delitos internacionales consagrados en el ámbito universal, al ordenamiento jurídico americano

La incorporación al ordenamiento jurídico regional del *jus cogens* no altera en ningún momento el carácter imperativo de esas normas para los Estados americanos desde el momento de su expedición por la co-

⁷Caicedo Perdomo, J. J. "La teoría del *jus cogens* a la luz de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, enero-junio, 1975, pp. 259-277.

munidad internacional en su conjunto. Por consiguiente cualquier afirmación, en el ámbito americano, no modifica en nada las obligaciones asumidas por los Estados americanos al manifestar su consentimiento en el ámbito universal. Desde ese punto de vista una incorporación de las definiciones de crímenes y delitos internacionales no tendría mayor significado fuera de precisar sus condiciones de aplicación en el ámbito regional o de lograr su desarrollo progresivo. Para aclarar este aspecto, veamos el ejemplo de la codificación de la tortura como crimen internacional y la afluencia de la diferencias entre crímenes y delitos internacionales en materia de asilo.

a) La tortura como crimen internacional

La Asamblea General de la OEA, mediante la resolución 368 de 1978 solicitó al Comité jurídico interamericano la preparación, en coordinación con la Comisión interamericana de derechos humanos, un proyecto de convención que defina la tortura como crimen internacional. El texto elaborado por esa entidad fue transmitido al Comité jurídico interamericano el 20 de diciembre de 1979 y el 6 de febrero de 1980, quedó aprobado el proyecto de convención que se somete a consideración de los Estados.

La iniciativa de la Asamblea General respalda implícitamente la diferencia entre crímenes y delitos internacionales establecida por la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas así como la definición de la tortura dada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 3452 (XXX), titulada “Declaración de todas las personas contra la tortura y contra tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes”.

El artículo primero, acorde con el artículo 19 párrafo 3 del proyecto de la C.D.I., establece que “Los Estados contratantes confirman que la tortura es un crimen internacional que se obligan a prevenir y a sancionar en los términos de los artículos siguientes”. Esta definición tendría las siguientes características: a) confirma que la tortura sea un crimen, por consiguiente la calificación de ese acto ilícito internacional debe figurar en otros instrumentos internacionales tales como la Declaración americana de derechos humanos. Al existir esta definición entre las normas imperativas, sobraría el proyecto de convención por traducir normas imperativas mediante normas convencionales.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico aparece una contradicción, muy frecuente en materia de *jus cogens*: respaldar el carácter

imperativo de una norma de derecho internacional general con la obligatoriedad de una norma convencional. La influencia del dualismo es tan fuerte que no se puede pensar en nuevos mecanismos normativos sin que su obligatoriedad no se fundamente en la actuación de un órgano interno que imparta su aprobación a la norma.

De ese modo queda reafirmado en la práctica el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.; b) en cuanto al hecho mismo, es decir que la tortura sea un crimen internacional, cabe anotar que los argumentos presentados por el Comité jurídico interamericano son muy elementales, lo cual nos sorprende mucho dada la nutrida documentación existente en la materia. Podríamos decir que el artículo 1o. del proyecto de convención fue redactado de ese modo por que así lo ordenó la Asamblea General en su mandato. Tan penosa impresión no desaparece al leer los comentarios elaborados por el Comité jurídico interamericano: “Al formular esta reiteración en el artículo 1o. del proyecto, el Comité dá, además, pleno cumplimiento al mandato de la Asamblea General de la Organización, contenido en el inciso 6 de la resolución Ag/Res. 368 (VIII, 078) de definir la tortura como crimen internacional”. En ese sentido podría mencionarse el voto razonado concordante del doctor Juan Materno Vásquez, miembro del C.J.I., expedido el 16 de agosto de 1979, quien observó lo siguiente:

1. La Asamblea General acordó definir la tortura como delito internacional, sin hacer mayores (mejor ninguna) consideraciones doctrinales. Para ello encomendó al Comité jurídico interamericano para elaborar un proyecto de convención, en cooperación con la C.I.D.H. El Comité jurídico interamericano, recibió, pues un encargo sin la fundamentación teórica que debió preceder a la decisión del mismo organismo del sistema y esto me provoca dudas sobre la seriedad científica de tal decisión.⁸

Por otra parte, el artículo 2 del Proyecto de Convención se refiere a un delito, cuando el artículo tipifica la existencia de un crimen internacional, confusión inaceptable a la luz de la doctrina universal en materia de derecho internacional penal. Por otra parte, un miembro tan distinguido del Comité jurídico internacional como el doctor Herrarte González, después de un estudio muy detenido, concluye que “la tortura no puede ser considerada como crimen internacional en el sentido estricto, de los que dan origen al derecho internacional penal o al derecho

⁸C.J.I. Trabajos realizados por el C.J.I., durante el periodo ordinario de sesiones julio-agosto de 1979. OEA sep. 9/IV/-20 C.J.I., pp. 49-50.

internacional estatal penal . . . ” y sustenta la tesis de que “es un delito común como cualquier otro, en el cual funciona plenamente el principio de la territorialidad”. Lo anterior explica porqué la redacción del proyecto de convención sea tan ambigua al tratar de tipificar el acto ilícito y tan precisa cuando se trata de castigar al delincuente.

La definición de la tortura que aparece en el artículo 2o. supera las disposiciones de la resolución 3452 (XXX) de las Naciones Unidas. Asimismo, con mucho acierto, los artículos 3 y 5 descartan las justificaciones que generalmente alegan los autores de ese crimen:

Artículo 3. El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no puede ser considerado como una circunstancia eximente de la responsabilidad penal en el delito de tortura.

Artículo 5. Ningún Estado permitirá ni tolerará la tortura ni admitirá como justificación de este delito, la existencia de ciertas circunstancias, como el Estado de guerra, las amenazas de guerra, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Tenemos que lamentar que el artículo 21 permita a cada Estado formular reservas, en el momento de manifestar su consentimiento en obligarse, a cualquier disposición de esa convención, con lo cual puede quedar sin efecto el tratado, hecho insólito si tenemos en cuenta que en muchos aspectos se limita a incorporar normas imperativas al derecho americano.

b) La influencia de la diferencia entre crímenes y delitos internacionales en materia de extradición

El excelente proyecto elaborado por el Comité jurídico interamericano sobre extradición, que considerará una conferencia de plenipotenciarios en los próximos meses, establece en su artículo 11, párrafo 4, que la extradición no es procedente: “Cuando con arreglo a la calificación del Estado requerido se trate de delitos políticos, o de delitos conexos. La circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciera funciones políticas no justifica por si sola de que dicho delito sea calificado como político”. Sobra decir que cualquier calificación por parte del Estado en el sentido de qué delito o delitos conexos sean políticos puede considerarse como el otorgamiento implícito del asilo al delincuente. Este aspecto reviste mayor importancia a la luz de las nuevas diferenciaciones entre crímenes y delitos internacionales: Al establecer la existencia de crímenes internacionales, no podría acep-

tarse en esos casos la calificación de políticos y la aplicación de los mecanismos del asilo. En este sentido podríamos señalar el artículo 12 del proyecto de convención interamericano de extradición cuando dice: “Ninguna disposición de la presente convención impedirá la extradición por delito de genocidio u otros delitos que sean susceptibles de extradición en tratados vigentes entre el Estado requirente y el Estado requerido”. La anterior disposición, desde luego, se refiere al artículo 13 del proyecto en el cual se precisa que “nada de lo dispuesto en la presente convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando este corresponda”. Estas disposiciones son contradictorias y constituyen puntos de partida para futuras controversias totalmente innecesarias, ya que estos artículos contradicen directamente lo dispuesto en varias normas imperativas de derecho internacional y serían nulas. Como normas convencionales en caso de conflicto de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Los actos ilícitos que sean crímenes internacionales no pueden ser calificados como crímenes políticos, que permitan el otorgamiento del asilo, tanto diplomático como territorial, e impidan la extradición de su autor. En ese sentido podríamos mencionar la Convención internacional contra la toma de rehenes, firmado en las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, que considera que “La toma de rehenes es un delito que preocupa gravemente a la comunidad internacional y que, en conformidad con las disposiciones de esta convención, toda persona que cometa dicho delito deberá ser sometida a juicio o sujeta a extradición”. Así mismo el artículo 10 de esta convención, establece que los delitos previstos en su artículo 1o. se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición ante Estados. ¿Entonces, podrían los Estados americanos pactar algo distinto en una convención sobre extradición?

Por consiguiente sería conveniente reformar el texto de los artículos 12 y 13 del proyecto de convención de la siguiente manera para evitar esas controversias:

Artículo 12. Toda persona que cometa cualquiera de los crímenes o delitos internacionales reconocidos como tales por la comunidad internacional de Estado en su conjunto, u otros delitos que sean susceptibles de extradición según tratado vigente ante el Estado requirente y el Estado requerido, deberá ser sometida a juicio o sujeta a extradición.

Artículo 13. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, nada de lo establecido en la presente convención podría ser interpretado como una limitación del derecho de asilo, cuando este corresponda.

2. El concepto tradicional de responsabilidad internacional del individuo

Tanto en el proyecto de convenio sobre tortura como crimen internacional como en el proyecto de convención sobre extradición, el sujeto activo del derecho internacional penal sigue siendo el individuo y el Estado se mantiene como sujeto indirecto de acuerdo con la teoría tradicional de la responsabilidad internacional.

a) El individuo ante la tortura como crimen internacional

El artículo 2 del proyecto de convención que define a la tortura como crimen internacional ofrece una nueva definición de este acto ilícito y se refiere a los sujetos activos, es decir a los responsables de ese crimen, en los siguientes términos:

Serán responsables del delito de tortura:

- a) El empleado o funcionario público que ordene, instigue o induzca su aplicación o lo aplique directamente;
- b) Quienes sin ser empleados o funcionarios públicos, la ordenen, induzcan o apliquen;
- c) Quienes, teniendo la obligación y posibilidad de impedirlo, no lo hacen.

Según las disposiciones antes mencionadas, vemos que el Estado no figura como responsable del crimen de tortura, sino los individuos que sean empleados o funcionarios públicos, es decir que su responsabilidad sería indirecta. Por ese motivo no puedo compartir las afirmaciones que figuran en los comentarios del Comité jurídico interamericano:

El párrafo tercero se funda, en cuanto a los posibles sujetos activos del delito de tortura en el principio de derecho internacional penal, tanto consuetudinario como positivo, de la responsabilidad penal individual por hechos voluntarios del derecho internacional atribuibles al Estado o quien actúa en o por representación o con la autoridad del mismo. Además en este párrafo se está dando también pleno reconocimiento a otro principio del derecho internacional penal, generalmente reconocido y que se deriva del anterior, y que podría resumirse así: en el ámbito de los actos delictuosos cometidos por el Estado o por aquellos que actúan en nombre de este o bajo la sombra de su autoridad, el concepto de la ley nacional es aplicable en el sentido de que la persona que lleva a cabo el acto es responsable del mismo, pero correspondiéndole al Estado frente al derecho internacional la corresponsabilidad subsidiaria como garante que es, en el orden interno, de los derechos y garantías que consagran las leyes que el propio Estado promulga.

Cabe anotar que la letra b. del párrafo 3o., del artículo 1 del proyecto se opone al artículo correspondiente del proyecto de la C.D.I. Uno de los miembros del Comité jurídico interamericano considera aquí mismo que el artículo 2, no establece la responsabilidad directa del Estado en caso de tortura y sugiere que se modifique el proyecto en ese sentido:

Estas consideraciones me llevan a la convicción de que la definición de tortura como crimen internacional, que reclama la Asamblea General de la OEA, debe lograrse dando una pauta aceptable para medir la responsabilidad del Estado en cuanto no ejerza medidas efectivas que impidan a sus agentes practicar actos de tortura degradantes para el ser humano.⁹

b) El Estado como sujeto indirecto del derecho internacional penal

Siguiendo la opinión formulada por el embajador Aja Espil, el Estado, aparece en estos dos proyectos como sujeto indirecto cuando, en el ámbito universal, la Comisión de derecho internacional, sugiere que sea sujeto directo.

El embajador Alberto Herrarte González, asumiendo una posición muy parecida después de rechazar la calificación de la tortura como crimen internacional, defiende la tesis de la responsabilidad subsidiaria del Estado en los siguientes términos: “Se habla de la indemnización a que tiene derecho la víctima, como si fuese una pena contra el Estado, considerando a éste como delincuente y no simplemente como responsable subsidiario, cuando el delincuente es un empleado o funcionario público”.

Queda claro que los desarrollos futuros del derecho internacional penal en el sistema interamericano, respaldan la respuesta tradicional del derecho de gentes en materia de responsabilidad.

CONCLUSIONES

1) El sistema interamericano debe llevar a cabo el desarrollo progresivo del derecho internacional general, para mantener su identidad como sistema jurídico frente a la codificación universal del derecho internacional.

⁹ Voto razonado del embajador Jorge A. Aja Espil, C.J.I., 1980, pp. 70-73.

2) El sistema interamericano debe evitar que sus disposiciones convencionales puedan violar normas imperativas de derecho internacional general revisando los proyectos de tratados y reformando los existentes en ese sentido.

3) El sistema interamericano debe establecer nuevas normas en materia de asilo y extradición, acordes con el siguiente principio:

Los crímenes internacionales reconocidos por la comunidad internacional de Estados en su conjunto no constituyen, en ningún caso, delitos políticos para los efectos de solicitar asilo o negar la extradición de sus autores.

JOSE JOAQUIN CAICEDO PERDOMO