

CRÍMENES INTERNACIONALES, TRANSNACIONALES Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: LAS RESPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LA CUESTIÓN CRIMINAL

Bárbara Pincowska Cardoso Campos⁴
Isabel Penido de Campos Machado⁵

Resumen

El objetivo de este artículo es, a partir de una revisión bibliográfica y normativa, plantear las respuestas que se han construido en el ámbito internacional ante el fenómeno criminal. Se parte de una lectura crítica del concepto y mecanismos establecidos en el Derecho Internacional Penal, Derecho Penal Transnacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ilustrando las convergencias y ausencias derivadas de la intersección de esos subsistemas para abordar la agenda criminal en el plan internacional.

Palabras clave: Criminalidad, Derecho Internacional Penal, Derecho Penal Transnacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Introducción

La relación entre el derecho y el crimen es una indagación bastante antigua. ¿Cómo el Estado debe dar respuesta a los hechos sociales que representen vulneración significativa a los bienes jurídicos más importantes a una determinada sociedad, en determinados tiempo y espacio?

4 Profesora de la Universidad Católica de Pereira. Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Magíster en Derecho, de la Universidad de Brasilia, Brasil. Profesional en Relaciones Internacionales, de la Universidad de Brasilia, y, en Derecho, del Centro Universitario de Brasilia.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7037-5145>

5 Defensora pública federal en São Paulo, Brasil. Defensora pública interamericana (2016-2019). Estudiante del Doctorado en Derecho Internacional, de la Universidad de São Paulo. Magíster en Derecho, por la Universidad de Nottingham, Reino Unido. Licenciada en Derecho, por la Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil. Este artículo fue escrito con el apoyo de la Escuela Nacional de la Defensoría Pública de la Unión (ENADPU) de Brasil.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2963-5715>

De forma general, a partir de la Modernidad, los Estados de Europa continental, seguidos de sus colonias en América Latina, se estructuraron en dos ejes centrales para tratar jurídicamente la cuestión criminal. Por un lado, se dio un proceso de creación de normas para delimitar qué hechos sociales deberían ser tratados como crímenes (el derecho penal), y, por otro lado, qué reglamentos serían establecidos para apurar la culpa del presunto autor de un hecho delictivo (el proceso penal).

Así, la lectura del Derecho en la cuestión criminal surge con el objetivo de imponer límites al Poder Estatal de punición. Además, se estructura también para brindar directrices a las autoridades detentoras de poder sobre la necesidad de no omitirse delante de determinadas conductas lesivas a los bienes jurídicos que demandan protección.

Como la autoridad de los Estados era –y sigue siendo– soberanamente ejercida, como regla, dentro de los límites de sus jurisdicciones, las normas penales y procesuales adoptadas contemplaban solamente los límites territoriales (principio de la territorialidad). De esta manera, resultaban excepcionalísimas las hipótesis en las que se planteaba la extraterritorialidad.

Sin embargo, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) el escenario internacional se ha transformado de manera significativa. La adopción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1945) y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) resignificó la noción y los límites de la soberanía de los Estados (Cañado Trindade, 2003). El Derecho Internacional pasa a ser un medio para la solución pacífica de los litigios. Además, la necesidad de proteger a la persona humana también pasa a ocupar el centro de la agenda.

Ese contexto abre espacio, en el transcurso del siglo XX e inicio del siglo XXI, a la expansión y especialización de inúmeras ramas específicas del Derecho Internacional, con sus propios desafíos, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Ambiental, el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Refugiados, entre otros. El Derecho Internacional Privado, antes de matriz nacional, también pasa a adoptar fuentes internacionales (como tratados internacionales) y a dialogar con el Derecho Internacional Público, ampliando su objeto de estudio para el

conflicto de jurisdicciones y la cooperación jurídica internacional, más allá de establecer las reglas para conflicto de normas en el espacio (Ramos, 2016; 2017). Asimismo, en el campo político y económico se enfrentan muchos fenómenos que desafían el campo jurídico: las luchas por la descolonización en África y Asia, las disputas derivadas de la polarización de la Guerra Fría, la crisis del Estado de bienestar social y las propuestas neoliberales, la intolerancia religiosa, las amenazas terroristas, las armas nucleares y de destrucción masiva, el resurgimiento del neoconservadurismo y la agenda global de combate a las drogas, por citar algunos ejemplos.

La Carta de la ONU no aborda directa y nominalmente la cuestión criminal. Sin embargo, ese instrumento parte de conceptos correlacionados más amplios, como “la paz” y la “seguridad internacional”, que conforman los elementos centrales y constitutivos de la referida organización internacional. Así, con la subsecuente creación de distintos órganos y agencias destinadas a cumplir su misión organizacional, se puede notar cómo la cuestión criminal ha estado siempre presente en los diversos espacios de debate internacionales, no solo en el ámbito de la ONU, sino en las organizaciones regionales surgidas tras la Segunda Guerra Mundial, como la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Varios son los tratados internacionales e instrumentos *de soft law* adoptados en los últimos años. Si se revisan los que se refieren a “cuestiones criminales diversas” aprobados en el seno de Naciones Unidas, hay materias de las más diversas. Se trata especialmente de un tema con normatividad dispersa y fragmentada. Si, por un lado, el carácter difuso permite abordajes complementarios, por el otro, se pueden plantear situaciones de conflicto, lo que termina por restar prioridad a esta agenda.

La propuesta de este artículo, elaborado a partir de una revisión bibliográfica y normativa, es abordar la cuestión criminal en Derecho Internacional a partir de tres campos específicos: Derecho Penal Transnacional, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Con base en una lectura de los objetos de cada uno de esos campos –o sea, crímenes transnacionales, crímenes internacionales y violaciones a los derechos humanos–, se discutirán los retos y desafíos planteados en esta materia. ¿Cómo esas subramas del Derecho Internacional interactúan para abordar la cuestión criminal: hay yuxtaposiciones,

conflictos o complementariedad? Esta es la pregunta para orientar la reflexión que se presenta en este escrito.

Derecho penal transnacional, Derecho Internacional penal y Derecho Internacional de los derechos humanos: aclaraciones conceptuales

En las últimas décadas, el escenario mundial se ha transformado profundamente y, como consecuencia, el Derecho Internacional en su conjunto. La amplitud de temas bajo regulación internacional, la expansión e institucionalización normativa y la multiplicación de tribunales internacionales dejan de manifiesto la creciente especialización y jurisdiccionalización del Derecho Internacional. Aunque esta temática remita a un debate sobre la posible fragmentación del Derecho Internacional, este estudio se limita a subrayar cómo la cuestión criminal permanece como un punto tangencial entre esas subramas, aunque se debrucen sobre ángulos y enfoques diferenciados.

Sin despreciar sus orígenes históricos, la protección internacional de la persona humana se ha consolidado como rama específica del Derecho Internacional a partir de una serie de tratados internacionales adoptados después de 1945, tanto en el seno de la ONU como en los planes regionales. En líneas generales, dichos instrumentos establecen obligaciones de protección, garantía, realización y respeto a los derechos humanos, a cargo de los Estados, y las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de los compromisos asumidos.

Junto a la consagración de esas normas internacionales de protección se han creado también mecanismos de monitoreo, supervisión y juzgamiento de las conductas estatales. Ese conjunto de mecanismos incluye los espacios políticos (de naturaleza intergubernamental, como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU), los órganos técnicos (compuestos por expertos independientes) establecidos en virtud de los tratados internacionales específicos y los órganos con funciones jurisdiccionales, como las cortes regionales de derechos humanos (Ramos, 2015). El denominador común de esos mecanismos colectivos es simple: en ningún caso se ingresa en la jurisdicción penal, o sea, la determinación de la culpabilidad o inocencia de un individuo frente a las violaciones cometidas está fuera de la competencia de los órganos y cortes internacionales establecidos en ese campo.

En otra vía, la responsabilidad penal de matriz individual en el plan internacional es regulada por el Derecho Internacional Penal (*International Criminal Law*, en inglés). Como se verá adelante, esta rama surge tras la Segunda Guerra Mundial como una reacción de la comunidad internacional en su conjunto frente al comportamiento de los sujetos que infringen gravemente intereses universales y valores humanos fundamentales, buena parte considerada de naturaleza *ius cogens*. Este tipo de responsabilidad pasó a ser ejercido por tribunales internacionales penales creados por la propia comunidad internacional, por tribunales nacionales, cuando recurren al principio de la jurisdicción universal y, aun, por tribunales con formato “híbrido”, como es el caso del Tribunal para Sierra Leona, Tribunal Especial para el Líbano y las Cámaras Extraordinarias en el Tribunal de Camboya (Ramos, 2015, p. 322).

Finalmente, hay casos que no se refieren propiamente a crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio o agresión, pero que, aun así, pueden atraer la atención de la comunidad internacional y movilizar esfuerzos transnacionales para afrontarlos. De ahí surge el Derecho Penal Transnacional (*Transnational Criminal Law*, en inglés). Como explica Olásolo (2018), se trata de un campo cuyo propósito común de los Estados es regular y controlar las transacciones económicas de ciertos bienes y servicios prohibidos, tales como el tráfico de armas y drogas, la trata de personas, el lavado de dinero, la piratería, la corrupción, etc. Los convenios internacionales típicos de esa rama están enfocados en el control del delito que trasciende las fronteras de los Estados nacionales, violando sus respectivas legislaciones, ya sea porque se comete o tiene impactos transfronterizos, ya sea por involucrar la participación de organizaciones criminales que actúan en más de un Estado. Neil Boister (2012) resume sus componentes: se trata de (i) obligaciones convencionales horizontales establecidas entre los Estados, que requieren (ii) una aplicación vertical, por parte de los Estados, de la legislación criminal doméstica hacia el individuo-delincuente para hacer valer las referidas obligaciones (p. 13). Por esa razón, las herramientas desarrolladas en el campo del Derecho Penal Transnacional frente a la cuestión criminal se encuadran en la cooperación jurídica internacional. En ese sentido, homogeneizar las normas penales nacionales y facilitar la aplicación extraterritorial de la jurisdicción nacional conforman los pilares tradicionalmente usados en ese subsistema para enfrentar los delitos transnacionales.

La naturaleza de los crímenes internacionales y transnacionales enmarca, por lo tanto, la distinción entre el objeto y fines del Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Transnacional. Los primeros vulneran valores esenciales que afectan gravemente a la comunidad internacional; los segundos, los bienes jurídicos nacionales comunes de varios Estados. En el primer caso, se desprende una responsabilidad penal individual internacional (de instituciones creadas y reguladas por el Derecho Internacional); en el segundo, una responsabilidad penal individual a través del derecho interno, pero con la participación o apoyo de otros Estados por medio de la cooperación internacional. (Olásolo, 2015; 2018). De esta forma, las ramas deben mantener su autonomía, sin perjuicio de que se identifiquen y se analicen los puntos tangenciales.

La relación entre las tres ramas frente a la cuestión criminal

La cuestión criminal a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

De la revisión del cuerpo normativo internacional, es posible extraer un primer conjunto de normas del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no trata propiamente de crímenes, sino de violaciones de derechos humanos cometidas o que puedan ser atribuibles a los Estados. Al respecto, Sedman y Noortman (2016) destacan que:

[...] De una forma rastrera, existe poca diferencia entre crímenes y violaciones de derechos humanos. En ambos casos, existe una amenaza u ofensa. La clasificación como crimen o violación de derechos humanos es secundaria al reconocimiento en sí. La forma como la amenaza u ofensa es clasificada se vuelve mucho más pertinente cuando consideramos la forma de darle una respuesta. Si prevalece la Justicia Criminal, también serán aplicadas las garantías procedimentales, definiciones legales y habrá claramente delineado un tribunal, identificado un individuo u organización responsable, determinándoles una pena apropiada. Alternativamente, si es declarada una violación a los derechos humanos, será dada una respuesta más política y sistemática, a partir de un informe o decisión más discursiva. En un abordaje enfocado en la víctima, la forma como se

categoriza el hecho se traduce en poca diferencia, desde que la amenaza acabe, que la responsabilidad sea determinada y, quizás, las medidas de compensación sean efectivas. (pp. 420-421, traducido por las autoras)

Como ya se ha mencionado, esta rama se estructura a partir de normas jurídicas derivadas de tratados internacionales, costumbre y principios generales que establecen los derechos protegidos y los deberes de los Estados y demás actores de la sociedad internacional. Además, algunos tratados (como los de la ONU) crean mecanismos de supervisión, conformados por expertos independientes. En el ámbito regional, a partir de tratados regionales de derechos humanos, se crearon tribunales internacionales con competencia para juzgar la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de violaciones a los derechos humanos consagrados en aquellos instrumentos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte Interamericana” o “CtDH”).

Los tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966), incorporan algunas garantías mínimas en favor de la persona acusada o condenada de la práctica de crímenes. En ese sentido, existen restricciones a la pena de muerte (art. 6.2), garantías del debido proceso penal previstas en el art. 14 (como la presunción de inocencia, la doble instancia, amplia defensa, *ne bis in idem*, etc.) y las garantías penales (principios de la legalidad y anterioridad) del art. 15.

Por otro lado, los tratados de derechos humanos también consagran garantías a las víctimas de crímenes, como el derecho a un remedio judicial efectivo. En ese sentido, el art. 3 (a) del PIDCP establece, en el rol de los deberes estatales, la necesidad de garantizar “un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. Siguiendo ese camino, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su art. 25, establece el derecho a la protección judicial, lo que pasó a incluir, por la vía interpretativa jurisprudencial, el derecho de las víctimas de violaciones de reclamar una investigación con la debida diligencia, juzgamiento y punición de los actores responsables, ya sean estatales o no. La Corte Interamericana, en distintas oportunidades, se ha pronunciado sobre la relación existente entre la idea de acceso a la justicia de las víctimas y la cuestión

criminal, especialmente cuando los hechos se refieren a graves violaciones a los derechos humanos (Cançado Trindade, 2007a).

Es cierto que la Corte Interamericana ejerce un tipo de jurisdicción distinta a la de las cortes internacionales penales. Tampoco la Convención Americana prevé explícitamente un deber a cargo de los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos. Sin embargo, el Tribunal se ha arriesgado en el campo de la jurisdicción criminal en función, por un lado, de la amplia interpretación dada a la obligación estatal de investigar, sancionar y punir los responsables por las violaciones cometidas, a la luz de los artículos 1 (1), 8 y 25 de la Convención, y, por otro lado, de lo que se espera de los Estados en la etapa de supervisión de sentencias (Campos, 2014). Lima (2018) observa que el discurso punitivo de la Corte Interamericana presenta algunas paradojas, pues, por un lado, el tribunal confía en el Derecho Penal como vía esencial para la satisfacción de la violación de derechos humanos (lo que la autora denomina del “Derecho Penal de los Derechos Humanos”) y, por otro, la aplicación del mismo Derecho Penal es una fuente considerable de violaciones *per se*.

Conforme explican Lima (2018) y Campos (2014), la doctrina de la Corte Interamericana sobre el deber estatal en materia criminal aparece en su primer caso contencioso, *Velásquez Rodríguez* (CtDH, 1988). En este caso paradigmático, al interpretar los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación general de respeto y garantía de los derechos reconocidos y de la necesidad de adoptar medidas internas para hacerlos efectivos, el Tribunal atribuye al Estado el deber de organizar el aparato gubernamental de forma efectiva, capaz de prevenir, investigar y sancionar toda violación cometida (CtDH, 1988, par. 166), incluso cuando sea resultado de acciones de particulares o grupos desvinculados de la estructura estatal (el deber de la debida diligencia).

Combinada a esa lectura, posteriormente el Tribunal pasó también a interpretar esa obligación a partir de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención, en el sentido de que correspondería también a las víctimas y sus familiares exigirle al Estado la persecución penal de los autores de violaciones a derechos humanos (CtDH, 1998). La *rationale* de ese entendimiento, sustentada en innúmeros casos ante el Tribunal, puede traducirse en la idea de que la persecución y punición penales son mecanismos necesarios

para enfrentar la impunidad y garantizar la protección de los derechos humanos (Pinto, 2018, p. 169).

Asimismo, un tercer elemento se desprende de la jurisprudencia interamericana respecto a la prohibición de amnistías, iniciada con el caso *Barrios Altos* relativo a Perú, cuyos lineamientos principales se han mantenido en los casos siguientes: leyes de autoamnistías son incompatibles con la Convención, por obstaculizar la investigación y sanción de violaciones graves a los derechos humanos. En la comprensión de la Corte, la falta de investigación impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la debida reparación (CtDH, 2001; Campos, 2014).

Esta construcción jurisprudencial ha sido objeto de críticas, especialmente de juristas argentinos (Malarino, 2012; Pastor, 2005). Bajo esta mirada, la creación de un derecho al castigo por parte de las víctimas, además de no previsto en la Convención Americana, termina por flexibilizar las garantías penales clásicas y los derechos consagrados a cualquier persona en un proceso criminal. Ese giro interpretativo províctima ha marcado el tono punitivo de la jurisprudencia de la Corte en esa materia (Campos, 2014).

Además de la dicotomía habitual entre acusado y víctima, varios tratados de derechos humanos también establecen el deber de adoptar medidas legislativas para la protección de bienes jurídicos especialmente protegidos. En ese sentido, esos instrumentos establecen mandados de criminalización (Ramos, 2006), determinando la tipificación de determinadas conductas como crímenes en el ordenamiento interno de cada Estado Parte. El caso emblemático y pionero en esta materia fue establecido por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948). Además de establecer un marco conceptual en su art. II, el art. V establece el deber de adoptar medidas para garantizar la tipificación de la conducta. Otro ejemplo interesante es la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984). El artículo 4.1 establece un verdadero mandato de criminalización de la conducta al mencionar que “todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”. Sin que sea el propósito de este artículo agotar el tema, también el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño alusivo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000) determina a la criminalización de

tales conductas (art. 3). De esta manera, se verifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos plantea de forma incisiva temas para la agenda de criminalización penal de los Estados. Ante este vacío normativo, el Estado puede incluso ser internacionalmente responsabilizado y condenado a la adopción de medidas para reparar la situación.

En el umbral del siglo XXI, las normas y el propio formato del Derecho Internacional de los Derechos Humanos también comienzan a expandirse, pues se verifica que muchas veces las violaciones de derechos humanos son cometidas por actores no estatales (como empresas o grupos organizados al margen de la ley), de manera que la respuesta internacional consistente en la responsabilidad internacional del Estado (aunque posible) es insuficiente para tratar esa cuestión. Por eso, en la agenda internacional se trabaja con la idea de un nuevo tratado sobre Empresas y Derechos Humanos, sin desconsiderar la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de los deberes de *due diligence* (cuando permiten la comisión de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas en sus territorios).

La cuestión criminal frente al Derecho Penal Transnacional

Retomando la aclaración conceptual, el Derecho Penal Transnacional tiene por objeto establecer estrategias y uniformización, en la medida de lo posible, de normas jurídicas para el enfrentamiento de algunos hechos sociales considerados lesivos por la sociedad internacional, cuyas causas y efectos sobrepasan los límites de las fronteras de los Estados. Por tanto, los Estados adoptan compromisos mutuos por medio de tratados, que buscan la definición conceptual de su objeto, además de establecer y perfeccionar los mecanismos de cooperación internacional.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, más conocida como Convención de Palermo de 2000, representa un marco importante y consensual en esta materia. Resultó de un largo proceso de negociación, en el que se puso de manifiesto la dificultad de conciliar una realidad muy compleja a partir de legislaciones y tradiciones jurídicas distintas (Zúñiga-Rodríguez, 2016). De ahí que, por haber sentado las bases respecto a la criminalidad transnacional, la Convención de Palermo es considerada un acuerdo estratégico en el escenario internacional, a demandar la cooperación entre los Estados para la prevención y represión de los delitos transnacionales

(Fijnaut, 2002; Boister, 2016). La idea subyacente del texto convencional sigue amparada en el reconocimiento de la soberanía estatal y del principio de aplicación territorial de la ley penal, lo que explica la necesidad de penalizar internamente ciertas conductas delictivas para cooperar.

En un primer análisis, revisando esos instrumentos del Derecho Penal Transnacional, es posible establecer algunas convergencias en el plan normativo con el campo de la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, la trata de personas, una forma de violencia y explotación que atenta gravemente a los derechos de la persona, está en un punto de confluencia entre esos dos subsistemas del Derecho Internacional (Campos, 2006/2007). De forma general, en el sistema universal los tratados de derechos humanos prohíben el trabajo esclavo o forzoso, y los convenios centrados en los derechos de la mujer y los niños (la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer [1979] y la Convención sobre los Derechos del Niño [1990]) incluyen prohibiciones específicas con relación a la trata de personas. Por otra parte, existen tratados en Derecho Penal Transnacional que ponen en marcha mecanismos de combate a la trata de personas, aunque, en esos casos, las estrategias parten de una perspectiva basada en la persecución criminal y enjuiciamiento de los tratantes, que no en las víctimas, como sería bajo el prisma de los derechos humanos.

En ese sentido, uno de los protocolos complementarios a la Convención de Palermo se refiere precisamente a la trata de personas⁶, y es considerado un instrumento clave en esa materia. Se destaca por abordar una definición holística de la trata (abarcando distintas situaciones de explotación, no solamente la sexual) y por ser el primer convenio internacional que incluye la mirada hacia las víctimas entre sus finalidades. No obstante, el Protocolo sigue redactado bajo la lógica de la persecución penal del delito, mientras que la vertiente de derechos humanos, mejor dicho, de protección y asistencia a las víctimas, se limita a compromisos de carácter no vinculante. Asimismo, hay lagunas en el texto en relación con las principales formas de victimización secundaria (Milano, 2016).

Para atenuar esas ausencias, es importante el papel desempeñado por las cortes y los órganos de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, los cuales

6 Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, del 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo), en vigor el 25 de diciembre de 2003.

ponen énfasis en que la obligación de los Estados en adoptar una perspectiva de derechos humanos con relación al fenómeno de la trata de personas se desprende no del Protocolo de Palermo, sino del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados de prevenir, perseguir y sancionar las conductas llevadas a cabo por los tratantes en contra de los derechos humanos, proteger a las víctimas y asegurarles una debida reparación es corolario del deber de la debida diligencia, como ha sido reiteradamente destacado en la jurisprudencia internacional.

Por otro lado, existe espacio también para contradicciones. En general, las convenciones adoptadas bajo ese subsistema están ancladas en el “combate” a las actividades delictivas, estableciendo una serie de mecanismos de cooperación, de naturaleza procesal, en general mucho más amplios y flexibles en comparación con las normas admitidas por el derecho interno.

Además, a pesar de asumir obligaciones internacionales sobre determinado tema, los Estados no realizan adecuaciones a su derecho interno. Así, no son raras las veces en que los Estados se valen de mecanismos de cooperación jurídica internacional en materia penal de forma incompatible con su derecho interno, lo que puede generar violaciones a los derechos de los acusados (Ivory, 2013). En esos casos, las violaciones pueden basarse tanto en la inconformidad con reglas internas (algunas de jerarquía constitucional) como también de parámetros de derechos humanos consolidados en tratados internacionales.

La cuestión criminal frente al Derecho Internacional Penal

Así como el final de la Segunda Guerra Mundial impulsa la evolución normativa de la protección internacional de los derechos humanos, la necesidad de enfrentar el holocausto da espacio también a la demanda por la responsabilidad internacional de los individuos acusados de las atrocidades documentadas. En ese sentido, los Tribunales de Núremberg y de Tokio son considerados los marcos más importantes en el desarrollo de la responsabilidad penal internacional de matriz individual, lo que concretiza la idea de que los individuos deben ser sancionados por infringir normas internacionales, rompiendo la tradición clásica enfocada en el Estado.

Si, por un lado, esos tribunales representaron la posibilidad de *accountability* e individualización de las culpas a partir de un proceso penal, por otro lado, existen famosas críticas contra su jurisdicción. Las principales serían (i) la caracterización del tribunal como de excepción, constituido después de los hechos; (ii) la ausencia de imparcialidad (*victors justice*), teniendo en cuenta que los magistrados que los conformaban eran de nacionalidades representativas de los países victoriosos de la guerra; (iii) y, por fin, la ofensa al principio de la legalidad, teniendo en cuenta la inexistencia de ley estricta para la sanción de los acusados por las infracciones que se les atribuía, tal como exigía el ordenamiento jurídico en la época (Tomuschat, 2006, p. 832). Aunque esos argumentos no hayan constituido obstáculos insuperables, tales reflexiones abrieron camino a una evolución e institucionalización del Derecho Internacional Penal.

Esa demanda permaneció relativamente encubada en el periodo de la Guerra Fría, pero con la caída del muro de Berlín fue retomada, en especial cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en los años 90, determina la creación de dos tribunales internacionales *ad hoc* (para la Ex Yugoslavia y Ruanda), los cuales continuaban a sufrir críticas análogas (aunque con algunos ajustes) al Tribunal de Núremberg. Asimismo, son retomadas las discusiones para la creación de un Tribunal Penal Internacional, cuyas bases jurisdiccionales fueran preestablecidas a los hechos, con previa tipificación y especificación de las conductas internacionales que serían objeto de responsabilidad internacional individual. Tras las negociaciones multilaterales y una gran movilización de la sociedad civil (por medio de la coalición por la CPI⁷), en 1998 fue adoptado el Estatuto de Roma, en vigor desde 2002. Así, el Estatuto marca la institucionalización de una jurisdicción internacional permanente y con pretensiones universales: el Tribunal Penal Internacional (TPI).

El Tribunal Penal Internacional no ha sido pensado para sustituir o suceder a los tribunales locales. En ese sentido, se rige bajo el principio de la complementariedad, de manera que la jurisdicción del TPI solo será ejercida si se comprueba que las cortes locales sean incapaces o que no quieran juzgar a las personas que presuntamente hayan cometido, según el artículo V del Estatuto,

7 Hay una extensa literatura que investiga la movilización y articulación de la sociedad civil para la adopción del Estatuto de Roma. Sobre el tema, cf. Pearson (2006).

crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y crimen de agresión⁸.

En la primera década, hay una gran euforia por parte de la doctrina frente a la expansión de este nuevo campo del Derecho Internacional. Los cuatro primeros contextos estudiados son representativos de situaciones humanitarias muy serias, como la de la República Centro Africana, Congo, Darfur y Uganda. Sin embargo, rápidamente el Tribunal pasó a sufrir severas críticas en razón de una cierta selectividad, dado que contextos humanitarios muy graves, como la “guerra al terror” iniciada después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la guerra al Irak y la situación Israel-Palestina, con profundos cuestionamientos jurídicos internacionales (en razón de las limitaciones jurisdiccionales y por la obvia ausencia de consenso del Consejo de Seguridad), no son sometidos a la apreciación del Tribunal (Arnould, 2017, p. 12). Así, el TPI se transforma en un tribunal internacional para el sur global, y las naciones más poderosas tendrían una cierta “inmunidad política”. En ese sentido, el TPI pasa a enfrentar una crisis y desprestigio, situación que marca su actual estado (Ambos, 2014).

El debate respecto a la cuestión criminal en el Derecho Internacional Penal debe plantearse en el contexto del modelo de responsabilidad penal individual internacional, o sea, la posibilidad de atribuirse cierta pena ante la realización de comportamientos prohibidos por la comunidad internacional. Por ejemplo, tomando en cuenta el destinatario de esas normas, ¿puede un Estado cometer un crimen? Por otro lado, si se consideran el objeto y el bien jurídico protegido, ¿qué conductas ilícitas serían susceptibles de alzar la categoría de crímenes internacionales, capaces de accionar la jurisdicción en nivel internacional? (Hauck y Peterke, 2016).

Sin pretender agotar el debate, la primera pregunta ha generado acaloradas discusiones en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas por ocasión de la codificación del tema de la responsabilidad internacional, una agenda de la que se ocupó la CDI desde sus inicios (1949) hasta

8 A pesar de estar enumerado entre los crímenes del artículo 5º del Estatuto, algunas condiciones adicionales fueron impuestas al ejercicio de la jurisdicción del TPI en relación con la agresión. La adopción del contenido de la tipificación fue postergada para una conferencia de revisión, que finalmente se celebró en Kampala, Uganda, entre mayo y junio de 2010. En esa conferencia se adoptó la redacción del tipo por consenso (Kreb y Holtzendorff, 2010). Solo en diciembre de 2017, la Asamblea de los Estados Partes del Tribunal Penal Internacional adoptó la Resolución n.º 5/2017, en la que decidió activar el crimen de agresión (en los términos de las definiciones adoptadas en la Conferencia de Kampala), a partir del 17 de julio de 2018.

2001, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el proyecto de artículos elaborado. En breve síntesis, la idea de responsabilizar a un Estado por un “crimen” surgió a partir de la propuesta de inclusión de un artículo –el controvertido artículo 19 (posteriormente retirado)– en el proyecto de la CDI, el cual definía *crimen* como “[un] hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional [...] esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional” (Crawford, 2009). Algunos juristas, como Pellet, defendían la importancia de establecer un marco conceptual capaz de reconocer una gradación en el nivel de responsabilidad atribuida al Estado, teniendo en cuenta que “[...] un acto genocida no podría ser equiparable a una quiebra de un acuerdo comercial” (Pellet, 1999).

Sin embargo, en función de las divergencias, eventuales implicaciones jurídicas y de la oposición de algunos Estados, el último relator especial, James Crawford, propuso la exclusión de término y de la posibilidad de una eventual punición penal, aunque el proyecto de artículos reconoce la necesidad de brindar mayor protección a las “obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho Internacional general”⁹.

Aunque resuelto el debate en la CDI, en el área de derechos humanos ese capítulo siguió abierto, en especial en el sistema regional de protección. A partir de una tesis expuesta por el exjuez de la Corte Interamericana, A. A. Cançado Trindade, se introdujo en la jurisprudencia del Tribunal el concepto de “responsabilidad internacional agravada”, en atención a los casos de violaciones graves, masivas y prácticas sistemáticas de vulneración de los derechos humanos, apoyadas y planificadas por los Estados.

El concepto de responsabilidad agravada fue inicialmente reconocido en el caso de *Myrna Mack Chang*, relativo a Guatemala (CtDH, 2003). Se trata del homicidio de una antropóloga en los años noventa, quien había denunciado el genocidio de los indígenas mayas perpetrado por el Ejército guatemalteco. El autor material del crimen era un miembro del gabinete de inteligencia vinculado al Estado Mayor, lo que permitió a la Corte Interamericana establecer, ante el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, que había una política de

9 Artículos 40 y 41 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Comisión de Derecho Internacional, 2001).

Estado, materializada por medio de “operaciones encubiertas” con ejecuciones sumarias de algunas personas consideradas “enemigas”. Las autoridades públicas tenían un amplio poder de intervención en el sistema de justicia, encubriendo los hechos y obstaculizando el reconocimiento de la responsabilidad de los autores intelectuales de esas graves violaciones. En su voto magistral, Cançado Trindade enseña que:

[...] en Derecho, toda persona constituye un centro o unidad de imputación. En el caso de la persona física, tratase de la unidad concreta y viviente de cada ser humano, mientras que la persona jurídica, que es una creación o construcción del Derecho, también constituye un centro o unidad de imputación por las conductas atribuidas a individuos que actúan en su nombre, y por las consecuencias de las cuales ella, persona jurídica, así como sus agentes, deben responder. En suma, la personalidad jurídica de un ente colectivo (como el Estado) es una construcción del Derecho, y constituye una unidad de imputación de las conductas suyas, efectuadas por los individuos que componen dicho ente colectivo y actúan en su nombre; así, tanto la persona jurídica como dichos individuos deben responder por las consecuencias de sus actos u omisiones, particularmente cuando acarrear violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. A mi juicio, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino, todo lo contrario, son complementarias y encuéntrense inexorablemente interligadas (CtDH, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade, par. 20).

Entre tensiones y limitaciones: por una agenda convergente

La judicialización y sectorialización del Derecho Internacional, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, han expuesto las sinergias y algunos vacíos normativos que podrían poner en riesgo la efectividad y coherencia del sistema jurídico internacional. El enfrentamiento al fenómeno criminal por parte de los Estados no escapa a esas convergencias y tensiones.

Conforme ha sido destacado, hay puntos de complementariedad sobre el tratamiento conferido a los crímenes internacionales, transnacionales y a las violaciones de derechos humanos en el ordenamiento internacional.

Los crímenes contra la humanidad, por ejemplo, demandan tanto la individualización de la responsabilidad penal del individuo como también un abordaje colectivo para la responsabilidad del Estado y la reparación de las víctimas. No por casualidad esas dos ramas evolucionaron de forma paralela sin perder sus objetivos comunes. Por otro lado, el destaque dado por el Derecho Internacional Penal a los individuos (actores no estatales) de cierta forma provoca el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a desarrollar una mirada más allá de la responsabilidad internacional solamente enfocada en el Estado. En ese sentido, es posible notar la expansión de esa rama para buscar el establecimiento de obligaciones a actores no estatales, como las empresas transnacionales, imponiéndoles también a los Estados obligaciones adicionales de garantía, para que controlen y protejan los derechos humanos contra amenazas de particulares.

Además, hay también la posibilidad de eventuales conflictos entre las ramas, a partir del potencial choque entre obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Sobre el punto, se indaga qué obligación internacional debería prevalecer: aquella derivada de un tratado de derechos humanos o una oriunda de un tratado del Derecho Penal Transnacional. En este punto, se debe buscar la armonización de la interpretación de los tratados internacionales, teniendo en cuenta que la protección de la dignidad humana es uno de los vectores esenciales del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, conforme a la Carta de la ONU. Por este motivo, considerando la humanización del Derecho Internacional (Cançado Trindade, 2007b), hay que buscar una interpretación sobre las obligaciones derivadas del Derecho Penal Transnacional a la luz de un *human rights approach*. De esta premisa resulta la conclusión de que los tratados de cooperación internacional en materia penal deben observar los parámetros internacionales de derechos humanos, lo que representa un límite al voluntarismo estatal.

En relación con las yuxtaposiciones, se destaca que, al establecer los derechos humanos como bienes jurídicos esenciales, algunos tratados prevén la criminalización a los Estados. El genocidio (crimen internacional) y la trata de personas (crimen transnacional) son dos ejemplos claros de objeto de esos

mandatos. De ahí surge una interesante yuxtaposición entre las ramas, pues tanto el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal son usados para establecer una armonización conceptual de tales crímenes por medio de la adopción de tratados, que luego pasan a ser incorporados por las legislaciones locales, adoptando tipos penales con una cierta uniformidad de contenido.

Ante los puntos de aproximación y de potencial conflicto destacados, se debe plantear el futuro de esa agenda a partir de la construcción de estrategias convergentes, considerando los distintos ámbitos de aplicación de las áreas especializadas del Derecho Internacional y, como consecuencia, los diferentes mecanismos históricamente contruidos en cada campo.

Si, como punto de partida, se toma la protección de la persona humana como eje axiológico estructurante de las tres subramas, no hay hegemonía de un solo abordaje. Son precisamente las situaciones de conflicto que generan reflexiones relevantes para buscar equilibrio, armonización y controlar los excesos con predominio de una aspiración punitiva en detrimento de las garantías del debido proceso, teniendo en cuenta que la cuestión criminal tiene siempre un fuerte llamamiento y en la mayoría de las veces promete más de lo que consigue entregar.

Referencias

Ambos, K. (2014). La Corte Penal Internacional y África: ¿más allá de una mera “Corte Penal Africana”? *Cuadernos de Política Criminal*, 112, 265-306.

Arnould, V. (2017). A Court in Crisis? The ICC In Africa and Beyond. *Egmont Paper*, 93, 1-22. http://aei.pitt.edu/87212/1/egmont.paper_93.pdf

Boister, N. (2012). *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford University Press.

Boister, N. (2016). The UN Convention against Transnational Organized Crime 2000. En P. Hauck y S. Peterke (Eds.), *International Law and Transnational Organized Crime* (pp. 126–149). Oxford University Press.

Cançado Trindade, A. A. (2003). *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Ed. Fabris

Cançado Trindade, A. A. (2007a). A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história (Prefacio). En M. L. de Oliveira, *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Editorial El Rey.

Cançado Trindade, A. A. (2007b). *Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y transcendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*. Porrúa: Universidad Iberoamericana.

Campos, B. P. C. (2006). O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 7, 37-50. <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/93>

Campos, B. P. C. (2014). Os paradoxos da implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Reflexões sobre o dever de investigar, processar e punir e os casos brasileiros [tesis de maestría, Universidad de Brasília]. Repositorio UnB http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17515/3/2014_BarbaraPincowskaCardosoCampos.pdf

Comisión de Derecho Internacional. (2001). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001 (segunda parte). En ONU, *Informe de la comisión a la asamblea general sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones* (pp. 1-228). http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). *Caso Blake Vs Guatemala*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Caso Barrios Altos Vs Perú*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso de la Comunidad Moiwana vs Suriname*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

Crawford, J. (2009). Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf

Fijnaut, C. (2002). The UN Convention and the Global Problem of Organized Crime. En H. J. Albrecht, H. J. y C. Fijnaut (Eds.), *Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000* (pp. 55–66). Max-Planck-Institute.

Hauck, P. y Peterke, S. (Eds.). (2016). *Transnational Organized Crime and International Criminal Law*. Oxford University Press.

Huneus, A. (2013). International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts. *The American Journal of International Law*, 107, 1–44. <https://doi.org/https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.107.1.0001>

Ivory, R. (2013). The Right to a Fair Trial and International Cooperation in Criminal Matters: Article 6 ECHR and the Recovery of Assets in Grand Corruption Cases. *Utrecht Law Review*, 9(4), 147–164. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2334716

Kreß, C. y von Holtzendorff, L. (2010). The Kampala Compromise on the Crime of Aggression. *Journal of International Criminal Justice*, 8(5), 1179–1217. <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/jicj/mqq069>

Lima, R. da C. (2018). *O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Universidade de São Paulo. <https://doi.org/10.11606/D.2.2014.tde-11022015-101642>

Malarino, E. (2012). Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, 12(4), 665–695. <https://doi.org/https://doi.org/10.1163/15718123-01204003>

Milano, V. (2016). Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: Estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 32. <https://doi.org/10.17103/reei.32.05>

Noortman, M. y Sedman, D. (2016). Transnational Criminal Organizations and Human Rights. En P. Hauck y S. Peterke (Eds.), *International Law and Transnational Organized Crime* (pp. 406–469). Oxford University Press.

Olásolo, H. (2015). El derecho internacional penal ante el fenómeno de la criminalidad organizada en la sociedad global. *Letra, Derecho Penal*, 1, 1–23. <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2753955>

Olásolo, H. (2016). Los fines del Derecho Internacional penal. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 14(29), 93–146. <https://doi.org/10.11144/javeriana.il14-29.f dip>

Olásolo, H. (2018). *Derecho internacional penal, justicia transicional y delitos transnacionales: Dilemas políticos y normativos*. Tirant lo Blanch.

Pastor, D. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*, 1, 73–114.

Pearson, Z. (2006). Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law. *Cornell International Law Journal*, 39(2), 243–283. <https://doi.org/https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol39/iss2/2>

Pellet, A. (1999). Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes! *European Journal of International Law*, 10(2), 425–434. <https://doi.org/10.1093/ejil/10.2.425>

Pinto, M. (2018). Awakening the Leviathan Through Human Rights Law: How Human Rights Bodies Trigger the Application of Criminal Law. *Utrecht Journal of International and European Law*, 34, 161–184. <https://doi.org/http://doi.org/10.5334/ujiel.462>

Ramos, A. de C. (2006). Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: Novos paradigmas da proteção das vítimas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 62, 9–55.

Ramos, A. de C. (2015). *Processo internacional de direitos humanos*. Editora Saraiva.

Ramos, A. de C. (2016). Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, 13(2), 504–521. <https://www.rdi.uniceub.br/rdi/article/view/4169>

Ramos, A. de C. (2017). *Curso de direito internacional privado*. Editora Saraiva.

Tomuschat, C. (2006). The legacy of Nuremberg. *Journal of International Criminal Justice*, 4(4), 830–844. <https://doi.org/10.1093/jicj/mql051>

United Nations Office on Drugs and Crime. (2000). United Nations Convention against Transnational Organized Crime. *Trends in Organized Crime*, 5(4), 11–21. <https://doi.org/10.1007/s12117-000-1044-5>

Zuñiga-Rodríguez, L. (2016). El concepto de criminalidad organizada transnacional: Problemas y propuestas. *Nuevo Foro Penal*, 12(86), 62–114. <https://doi.org/https://doi.org/10.17230/nfp.12.86.2>