

**REVISTA DIGITAL**  
**DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**DE LA UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES**

Volumen I, número 1, 2013



Centro de Investigación en Derecho Internacional Público

Los trabajos presentados corresponden exclusivamente a sus autores, por lo que la Revista Digital de Derecho Internacional de la Universidad de San Martín de Porres no se solidariza necesariamente con los contenidos.

Está prohibido copiar, transcribir, alterar o reproducir por cualquier medio electrónico o mecánico el contenido de la Revista Digital de Derecho Internacional sin autorización. Las citas en trabajos académicos deben ser estrictas.

**Revista Digital de Derecho Internacional** de la Universidad de San Martín de Porres

Volumen I, número 1, 2013

© Editada por:

**Centro de Investigación en Derecho Internacional Público**

Universidad de San Martín de Porres

Facultad de Derecho

Lima - Perú

Av. Alameda del Corregidor N° 1865, Urb. La Ensenada – La Molina.

<http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedip/>

[Cedip\\_derecho@usmp.pe](mailto:Cedip_derecho@usmp.pe)

# **REVISTA DIGITAL DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES**

## **Director:**

Dr. Pablo César Revilla Montoya

## **Secretario:**

Dr. Humberto Durand Ponce De León

## **Miembros del Consejo de Redacción:**

Dr. Luis García-Corrochano Moyano

Dr. Fabián Novak Talavera

Dr. Fernando Valverde Caman

## **Centro de Investigación en Derecho Internacional Público**

## **Responsable**

Dr. Pablo César Revilla Montoya

### **Miembros 2013**

Humberto Duran Ponce De León

Dra. Hilda Rosario Gordillo Ruiz

### **Miembros 2014**

Humberto Duran Ponce De León

Fernando Valverde Caman

### **VOLUNTARIOS 2013 - I**

#### **Estudiantes**

Díaz Marín, Milagros

Guillermo Godoy, Irvin

Alexander

Orós Velásquez, Patricia

Suárez Vives, Maryam

Velarde Castillo, Jackeline

### **Voluntarios 2013 - II**

#### **Estudiantes**

Gonzales Damas, Patricia

Alejandra

Guillermo Godoy, Irvin

Alexander

Orós Velásquez, Patricia

Velarde Castillo, Jackeline

#### **Egresados**

Roldán Rosadio, Guillermo

#### **Egresados**

Ramos Ferretti, Eduardo Marcial

Roldán Rosadio, Guillermo

Suárez Vives, Maryam

# **CONTENIDO**

## **PRESENTACIÓN**

## **COMENTARIOS**

“El asunto de delimitación marítima entre Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia” .....	6
Luis García – Corrochano Moyano	

## **ARTÍCULOS**

“La seguridad humana y la obligación de prevención de los desastres naturales” .....	11
Pablo César Revilla Montoya	
“La Jurisdicción Supranacional” .....	31
Humberto Duran Ponce de León	
“El Derecho Internacional en Roma” .....	55
Aarón Oyarce Yuzzelli	

## **PRESENTACIÓN**

La Revista Digital de Derecho Internacional de la Universidad de San Martín de Porres es una publicación del Centro de Investigaciones en Derecho Internacional Público, que inició sus labores en febrero de 2013, como parte del Instituto de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho.

La publicación de comentarios y artículos en la Revista es libre, cumpliendo requisitos como analizar temas de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, así como cumplir los criterios editoriales.

La estructura de la Revista está compuesta por comentarios y artículos, adicionalmente se contemplan análisis normativos, jurisprudenciales o doctrinales internacionales. Asimismo, se pueden publicar reseñas de publicaciones.

En este primer número queremos agradecer al Dr. Rubén Sanabria Ortiz, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres por acoger este proyecto.

Esperamos que la Revista Digital de Derecho Internacional de la Universidad de San Martín de Porres se convierta en un espacio de reflexión académica.

# **EL ASUNTO DE DELIMITACIÓN MARÍTIMA ENTRE PERÚ Y CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

Por: Luis García – Corrochano M. (\*)

## **RESUMEN**

Se plantea una descripción amplia de las etapas del proceso ante la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo a su Estatuto y Reglamento.

## **PALABRAS CLAVES**

Corte Internacional de Justicia – etapas del proceso – delimitación marítima– Perú – Chile.

## **ABSTRACT**

*We propose a comprehensive description of the stages of International Court of Justice proceeding, according to its Statute and regulations.*

## **KEYWORDS**

*International Court of Justice - proceeding – maritime delimitation - Peru - Chile.*

*Revista Digital de Derecho Internacional, Volumen I, número 1, 2013, pp. 7-11.*

Luego de la presentación de la demanda del Perú contra Chile sobre la delimitación de la frontera marítima entre ambos Estados en el Pacífico Sur, el 16 de enero de 2008, se inició ante la Corte Internacional de Justicia un contencioso cuya etapa de presentación de las piezas del procedimiento escrito fue fijado por Ordenanza del 31 de marzo del mismo año, que estableció que el Perú debía presentar su memoria hasta en marzo de 2009 y Chile contaría con un plazo similar para la presentación de la contra memoria, que depositó en marzo de 2010. Luego correspondió al Perú presentar una réplica al escritor chileno, y a continuación Chile hizo lo propio, presentando una réplica a la réplica peruana

El procedimiento ante la Corte contempla el derecho para el Estado demandado de presentar excepciones preliminares respecto de la demanda, en un plazo de tres meses de presentada la Memoria del Estado demandante. Al decidir Chile no presentar excepciones, el procedimiento continuó tal como había sido establecido.

De haber presentado Chile excepciones respecto de la demanda del Perú, estas habrían dado lugar a la suspensión del procedimiento de fondo para tratar primero las excepciones a través de un procedimiento incidental. Las excepciones que pueden alegarse son de incompetencia y de admisibilidad. En el presente caso no cabía la excepción de incompetencia por cuanto ambos estados son parte del Pacto de Bogotá, ya invocado en otros asuntos llevados por Estados americanos ante la Corte. La presentación de una excepción de admisibilidad, alegando cualquier motivo para que la Corte se abstuviera de conocer el caso, habría tenido teóricamente un efecto dilatorio, por cuanto una excepción de admisibilidad que toca el fondo del asunto no puede ser resuelta sino conjuntamente con el fondo, lo que hubiera dado lugar a que la excepción no se resolviera con carácter previo, sino que fuera diferida para tratarse

conjuntamente con el fondo del asunto (en la terminología de la Corte, la excepción no hubiera tenido “un carácter exclusivamente preliminar”). Sin duda esta situación fue considerada al decidir el vecino sureño no actuar por la vía de las excepciones preliminares. Descartada esta vía continuamos en el procedimiento principal.

Luego de revisada la información escrita la Corte fijó una fecha para las audiencias orales, que se dieron en diciembre de 2012, en las cuáles ambas partes presentaron sus argumentos a través de sus agentes y abogados. Terminada la etapa oral la Corte cerró el procedimiento para entrar en el período de deliberaciones. Si bien existía la expectativa de conocer la sentencia en este mes de julio, sin embargo la Corte ha anunciado que la sentencia recién será pronunciada en setiembre. Ese es el estado actual de la controversia marítima entre el Perú y Chile, teóricamente se encuentra la voto en la Corte, de manera que aún no ha y una decisión sobre el asunto.

Sin embargo, detengámonos un momento a revisar cual es el procedimiento que sigue la Corte para dictar sentencia. De acuerdo a su Estatuto y Reglamento, una vez terminada la etapa oral la Corte inicia el proceso de deliberación del caso. Pero dado que la Corte sigue varios procesos en simultáneo, entonces elabora un calendario para atender todos los casos. El proceso de deliberación tiene el esquema siguiente: el presidente convoca a los jueces para la discusión de cada caso, los jueces asisten con una opinión personal redactada sobre el asunto, la que van leyendo a sus colegas, y el presidente determina cual es la posición mayoritaria de los jueces en el caso. Si el presidente comparte la opinión de la mayoría, entonces juntos con otros dos jueces se encarga de redactar la sentencia, los jueces que quedan en minoría deben fundamentar su voto contra la sentencia.



Como la Corte tiene quince jueces la mayoría debería ser de ocho, pero en el caso Perú – Chile un juez se ha inhibido (por haber sido consultado por Chile antes de su elección como juez), y el Perú y Chile han nombrado jueces *ad hoc*, de manera que para este caso la Corte está compuesta de dieciséis jueces, por lo que se necesitan nueve votos para formar mayoría y dictar sentencia. Una vez redactada la sentencia, los jueces que están a favor la suscriben, o bien añaden aquellos otros fundamentos por los que votan a favor de la sentencia (opiniones individuales), y los jueces que están en contra explican los motivos de sus votos (opiniones separadas). Basta que se reúnan los votos de la mayoría para que se apruebe una sentencia, esta tiene igual fuerza vinculante si es aprobada por mayoría que si lo es por unanimidad.

En el estado actual del caso, al parecer los jueces ya se han formado su opinión del asunto, y hasta es posible que hayan leído sus opiniones y se haya formado ya una mayoría en favor de una posición, pero aún no se haya redactado la sentencia definitiva, ni los jueces hayan formulado sus opiniones individuales o separadas, por lo que estando la Corte próxima a entrar en receso por vacaciones, recién la sentencia se termine de elaborar en el mes de setiembre, cuando los jueces retomen sus labores.

En cualquier caso, la Corte citará a las partes con anticipación no menor de una semana para dar lectura a la sentencia. Por lo tanto, solo queda ser pacientes y esperar al mes de setiembre, confiados en que la Corte aceptará la posición del Perú y nos adjudicará los derechos que nos corresponden en el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental en controversia.

**\* Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC y en la Academia Diplomática del Perú. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional – IHLADI, Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales – AEPDIRI, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho del Mar – ASSADIP, Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Ex Viceministro de Justicia.**

# LA SEGURIDAD HUMANA Y LA OBLIGACIÓN DE PREVENCIÓN DE LOS DESASTRES NATURALES

Por: PABLO CÉSAR REVILLA MONTOYA (\*)

## RESUMEN

La prevención de desastres naturales es una obligación *erga omnes* del Estado, cuyo sustento lo ubicamos en el cumplimiento de los derechos humanos de la solidaridad y la seguridad humana. Esta nueva visión fue introducida por las Naciones Unidas y tiene carácter multidimensional.

## PALABRAS CLAVES

Desastres naturales – seguridad humana – derechos humanos – desarrollo humano – humanitarismo - *erga omnes*.

## ABSTRACT

*The prevention of natural disasters is an obligation erga omnes of the State, whose support we have placed on human rights of solidarity and human security. This new approach was introduced by the United Nations and it is multidimensional.*

## KEYWORDS

*Natural disasters - human security - human rights - human development - humanitarianism - erga omnes.*

*Revista Digital de Derecho Internacional, Volumen I, número 1, 2013, pp. 12-30.*

## **SUMARIO**

I.- Introducción. II.- Cumplimiento de los derechos humanos de la solidaridad. A) Dificultad para definir los derechos humanos, B) Los derechos humanos de la solidaridad. 1. El desarrollo humano, 2. Derecho al desarrollo. A) Evolución del derecho al desarrollo, B) Problemática del derecho al desarrollo, C) Definición del derecho al desarrollo. III.- La seguridad humana. IV.- La obligación del estado de prevención de los desastres naturales. A) Doctrina sobre el humanitarismo, 1.- Ayuda humanitaria, 2.- Obligación del estado de proporcionar ayuda humanitaria título de menor rango. 3.- La obligación de prevención. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La prevención de los desastres naturales puede ser estudiada desde distintas ópticas, ya que las causas y las consecuencias de ellos tienen distintas aristas. En este espacio vamos a proponer su estudio jurídico doctrinal basado en la seguridad humana, los derechos humanos y el humanitarismo.

La seguridad humana es una nueva visión de la seguridad introducida por las Naciones Unidas, es multidimensional y a veces poco entendida por la comunidad internacional. De ella se deduce que el fin último del Estado es otorgar a sus súbditos las condiciones necesarias para cumplir a cabalidad sus derechos humanos. Nosotros la ubicamos dentro de los Derechos Humanos de Tercera Generación. Precisamente, una de las obligaciones que se derivan de esta doctrina es la obligación del Estado de prevención de los desastres naturales.

En ese sentido, es importante señalar que no basta con proporcionar ayuda humanitaria en caso de desastres naturales, sino que los Estados deben prevenir que ellos ocurran o que causen daños desmedidos cuando éstos eran previsibles.

A lo largo de estas páginas trataremos de responder la pregunta ¿si la seguridad humana es acogida como doctrina obligatoria por la Comunidad Internacional, se podrán prevenir exitosamente los desastres naturales?

Nosotros creemos que sí, ya que existen fundamentos jurídicos y doctrinales que explicaremos a continuación. Para confirmar esta hipótesis hemos dividido este estudio en tres partes.

La primera analizará los Derechos Humanos de la Solidaridad, la segunda describirá la doctrina de la Seguridad Humana y la tercera abordará la obligación del Estado de prevención de los desastres naturales.

## **II.- CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA SOLIDARIDAD**

Los Derechos Humanos tienen un carácter evolutivo, ya que a lo largo de la historia se han ido afirmando, y tal vez en el siglo XXI sigan evolucionando. Así, la clasificación aceptada internacionalmente divide a éstos de acuerdo a su reconocimiento: Derechos Humanos de la Libertad, Derechos Humanos de la Igualdad y Derechos Humanos de la Solidaridad (primera, segunda y tercera generación respectivamente).

Esta última generación incluye principalmente los siguientes derechos: derecho al desarrollo, derecho a la paz, derecho a la libre determinación de los pueblos y el derecho a un ambiente sano.

En este apartado explicaremos la dificultad para definir los derechos humanos y analizaremos algunos derechos humanos de la solidaridad, para deducir su cumplimiento.

### **A) DIFICULTAD PARA DEFINIR LOS DERECHOS HUMANOS**

Tratar de definir a los Derechos Humanos no es una tarea sencilla, ya que existen al menos cuatro situaciones que dificultan dicha labor. Así, tal como lo planteó el Ministerio de Justicia peruano (2007: 11-13), se debe considerar en primer lugar, la amplitud de su contenido (dimensiones axiológica, fáctica y normativa); el reiterado uso que se hace del concepto y la expansión de la noción por su contenido (rige en todas las latitudes), y finalmente, las experiencias y la posición doctrinal del autor.

Empero, la doctrina explica que los Derechos Humanos han evolucionado y que se van afirmando a lo largo de la historia. Si bien es cierto que existen varias concepciones sobre la naturaleza de los Derechos Humanos (como la *iur* naturalista, la normativista o la historicista), nosotros creemos que todas ellas tienen parte de razón.

En ese sentido, siguiendo al profesor de la Universidad de Sevilla, Antonio Pérez Luño (1984: 50), los Derechos Humanos “aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Ahora bien, de nada sirve que los derechos humanos tengan una naturaleza mixta y que se opongan frente al Estado si en la

práctica no son acatados por todos los seres humanos, independientemente de la estatalidad.

Por ello, estamos más que convencidos que todos individuos son responsables de su cumplimiento y por tanto *todos* debemos respetar los Derechos Humanos de los seres humanos, sin distinción alguna.

En otras palabras, desde el ciudadano de a pie, los grupos de presión, los partidos políticos, el Estado, las organizaciones internacionales, hasta los grupos no estatales e incluso los delincuenciales, tienen la obligación internacional de respetar los Derechos Humanos, caso contrario podrían estar cometiendo crímenes de lesa humanidad pasibles de sanción internacional y por tanto perseguibles en todo el mundo.

## **B) LOS DERECHOS HUMANOS DE LA SOLIDARIDAD**

La clasificación de los Derechos Humanos más aceptada a nivel doctrinal, los divide en tres generaciones, precisamente la 3ª Generación es conocida como los Derechos Humanos de la Solidaridad.

Se denominan así porque protegen al ser humano frente a las distintas amenazas de las nuevas tecnologías o de los sistemas económicos perjudiciales, inclusive.

Esta clasificación contempla al derecho al desarrollo, al derecho a la paz, a un ambiente sano y saludable, a la protección del patrimonio común de la humanidad, entre otros.

### **1.- El Desarrollo Humano**

La premisa básica del desarrollo a escala humana es que el desarrollo se refiere a las personas y no a los objetos. Esto se deduce del concepto de desarrollo humano promovido por un

importante documento denominado "Reporte de Desarrollo Humano de 1990", según éste:

"El desarrollo humano es un proceso mediante el cual se busca la ampliación de las oportunidades del ser humano aumentando sus derechos y sus capacidades [...] Las tres oportunidades más esenciales son disfrutar de una vida prolongada y saludable, adquirir conocimientos y tener acceso a los recursos necesarios para lograr un nivel de vida decente. Si no se poseen estas oportunidades esenciales, muchas otras alternativas continuarán siendo inaccesibles. [...] Otras oportunidades [...] van desde la libertad política, económica y social, hasta la posibilidad de ser creativo y productivo, respetarse a sí mismo y disfrutar de la garantía de derechos humanos". (PNUD, 1990: p. 34.)

Según este reporte, el proceso incluye varios aspectos de la interacción humana como la participación, la equidad de género, la seguridad, la sostenibilidad, las garantías de los derechos humanos y otros que son reconocidos por la gente como necesarias para ser creativos y vivir en paz.

Para el PNUD las personas son la verdadera riqueza de las naciones y, por ende, el desarrollo consiste en la ampliación de las opciones que ellas tienen para vivir de acuerdo con sus valores y aspiraciones. Por eso, el desarrollo humano significa mucho más que el crecimiento del ingreso nacional *per* cápita, el cual constituye solamente uno de sus medios para ampliar las opciones de las personas.

## **2.- Derecho al Desarrollo**

### *A) Evolución del Derecho al Desarrollo*

El primer jurista en pronunciarse por la existencia del Derecho al Desarrollo fue el senegalés Keba M'Baye quien en 1972 lo



definió como el “derecho a vivir y de vivir mejor” (Álvarez, 1988: 44).

Casi al mismo tiempo, el profesor español Antonio Carrillo Salcedo (1972, pp. 119-125) afirmó que el Derecho al Desarrollo es un derecho humano, definiéndolo como factor revolucionario.

En vista que existía una corriente doctrinaria al respecto, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Resol. 4 (XXXIII) recomendó al Consejo Económico y Social que invitara al Secretario General su estudio, allá por 1977.

El Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, publicado en 1978, expresaba que el Derecho al Desarrollo es un concepto de evolución y que durante los próximos años surgirá una apreciación más cabal. (DOC. E/C.N.4/1334.)

En 1981, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resol. 36 (XXXVII), aprobó la decisión de la Comisión de Derechos Humanos que creaba un Grupo de Trabajo de 15 Expertos (entre ellos el embajador peruano Juan Álvarez Vita), para estudiar el alcance del Derecho al Desarrollo. Con ello se iniciaba, como lo afirma Álvarez (1988: 48) “una nueva etapa encaminada a obtener el reconocimiento de la comunidad internacional de la existencia del derecho al desarrollo”.

Finalmente, en 1986, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo en su Resolución 41/128 con 146 votos a favor, sólo un voto en contra y 8 abstenciones.

Igualmente, en 1986 la Asamblea General aprobó la Resol. 41/33 denominada “El derecho al desarrollo”.

### *B) Problemática del Derecho al Desarrollo*

El principal problema que podemos encontrar consiste en identificar un modelo de desarrollo económico acorde con el Derecho al Desarrollo. No es la intensión de la doctrina ni de nosotros encontrar un modelo único. Por tal motivo, se tiende a relativizar su definición.

Otro problema derivado del anterior es que no podemos hablar que su concepción sea estática, muy por el contrario es dinámica y cambiante, ya que los pueblos pueden hoy identificar un modelo de desarrollo válido para ellos y luego cambiarlo por otro sin que signifique una violación a tal derecho.

Por otro lado, la doctrina se pregunta si el Derecho al Desarrollo es un derecho individual o colectivo. Y la respuesta tal vez se encuentre en el modelo de desarrollo que un pueblo haya escogido.

Empero, independientemente del modelo, todos tienen Derecho al Desarrollo entendido como la síntesis de los Derechos Humanos. Por ello, vinculado a este derecho encontramos el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, que significa la libertad de escoger el régimen político-económico que crea conveniente.

### *C) Definición del Derecho al Desarrollo*

Antes de tratar de definir el Derecho al Desarrollo, y luego de analizar su problemática, es importante señalar que, de acuerdo a José Juste (2005: pp. 761-762) éste "posee pues un carácter multidimensional, que no se limita a los aspectos puramente cuantitativos (crecimiento económico, aumento de la producción y del comercio, incremento de la riqueza) sino que incluye una dimensión social y cultural, con un objetivo final de justicia". En ese sentido:

“El derecho al desarrollo se configura así como un derecho complejo, que reclama un mejoramiento cuantitativo y cualitativo de las condiciones de vida de los individuos y de los pueblos. Es por lo tanto un derecho individual, predicable para cada uno de los componentes del grupo social cuyo desarrollo se persigue; pero es también un derecho colectivo, porque se ha fraguado en relación con las necesidades de los pueblos. Es también derecho de amplio espectro, que incluye diversos elementos de progreso económico, social, cultural, político y humano, cuya realización no puede alcanzarse más que mediante una acción positiva y progresiva en los planos internacional y nacional” (Ibid: 762).

En ese sentido, M’Baye cit. por Aguilar (1999: 50), es un derecho de hacer, es decir, “se trata de movilizar los recursos materiales y humanos, regionales nacionales e internacionales a fin de asegurar el aumento del nivel de vida de las poblaciones dentro de un ambiente sociocultural satisfactorio”.

Asimismo, es un derecho revolucionario, cambiante o dinámico, o como ya lo dijo el ilustre profesor español, Carrillo Salcedo (1972: 119):

“En efecto, el desarrollo consiste en un cambio en las estructuras y se expresa siempre en una dinámica estructural: es el movimiento que transforma fundamentalmente una sociedad para permitir la aparición, prosecución y orientación del crecimiento hacia metas de significación humana; es decir, un haz de transformaciones en las estructuras mentales e intelectuales que permiten la aparición del crecimiento y prolongación, dotándole además y sobre todo, de sentido y de fines. Por eso, el desarrollo, cuando es auténtico equivale a crecimiento más cambio, y es

una noción que ni siquiera los economistas reducen al aumento de la renta per cápita, al mero aumento del PNB".

Finalmente, siguiendo la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo expresada en la Resol. Asamblea General 41/128, del 4 de diciembre 1986, podemos definirlo como la facultad para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

## **II.- LA SEGURIDAD HUMANA**

Revisada la doctrina sobre el desarrollo humano, ligado a este encontramos la doctrina de la seguridad humana. En este apartado vamos a tratar de responder afirmativamente el problema principal de este ensayo.

Creemos que si todos los Estados acogen como doctrina nacional la seguridad humana, basada en los derechos humanos de la solidaridad, se logrará prevenir exitosamente los desastres naturales.

La seguridad humana y los derechos humanos de la solidaridad están vinculados y son multidimensionales. No basta con cumplir los derechos humanos de primera y segunda generación. Si los Estados del mundo los hacen cumplir se prevendrán los desastres naturales.

Como hemos podido apreciar, el concepto de desarrollo humano abarca otros temas importantes como la seguridad humana. Así, el concepto de seguridad –antes ligado a la seguridad militar, estatal o territorial– se ha ampliado incluyendo cuestiones de desarrollo.

Así por ejemplo, la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), en su Informe “La Responsabilidad de Proteger”, de diciembre de 2001, expresa que:

“Con este enfoque, el eje en torno al que gira el debate sobre la seguridad se desplaza desde la seguridad territorial y la seguridad basada en el armamento hacia la seguridad basada en el desarrollo humano y el acceso a la alimentación, el empleo y la seguridad ambiental. Los componentes básicos de la seguridad humana –la seguridad de las *personas* frente a las amenazas contra la vida, la salud, los medios de subsistencia, la seguridad personal y la dignidad humana– pueden verse en peligro debido a una agresión externa pero también a factores internos, incluidas las fuerzas de “seguridad” de un país concreto. [...] Está limitada concepción tradicional de la seguridad [...] hace que se destinen enormes cantidades de recursos nacionales, tanto materiales como humanos, a los armamentos y las fuerzas armadas, mientras los países dejan de proteger a sus ciudadanos de la inseguridad crónica generada por el hambre, las enfermedades, las viviendas inadecuadas, la delincuencia, el desempleo, los conflictos sociales y los peligros ambientales. Cuando se utiliza la violación como instrumento de guerra y depuración étnica, cuando miles de personas mueren a causa de las inundaciones provocadas por la destrucción del terreno y cuando los ciudadanos son asesinados por sus propios cuerpos de seguridad, ya no basta con considerar la seguridad en términos de seguridad nacional o territorial. El concepto de seguridad humana puede y debe abarcar todas esas circunstancias” (p. 15-16).

La doctrina de la seguridad humana es totalizadora, ya que incluye todos los aspectos que el ser humano necesita para satisfacer su seguridad no sólo individual, sino colectiva, física,

mental o social, incluido su "desarrollo humano". Se puede decir que la seguridad humana tiene dos aspectos principales. En primer lugar, significa seguridad contra amenazas crónicas como el hambre, la enfermedad y la represión. Y en segundo lugar, significa protección contra alteraciones súbitas y dolorosas de la vida cotidiana, ya sea en el hogar, en el empleo o en la comunidad. Dichas amenazas pueden existir en todos los niveles de ingreso y desarrollo de un país, tal como lo expresó el PNUD en su informe "Human Development Report" de 1994, p. 25.

Finalmente, podemos afirmar que el Derecho a la Paz y la Seguridad Humana están intrínsecamente vinculados al Derecho al Desarrollo e incluso a la Democracia. Así, estamos de acuerdo con Gross Espiell cuando afirma que "sin democracia no puede haber paz. Sin paz no puede haber desarrollo. Y sin Paz Democracia y Desarrollo no puede existir la realidad del respeto y de la existencia verdadera de los Derechos Humanos" (Álvarez, 1988: p.4).

### **III.- LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PREVENCIÓN DE LOS DESASTRES NATURALES**

Los años noventa fueron declarados por las Naciones Unidas como el Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales. Se instó a los gobiernos a que adopten normas para mitigar los efectos de los mismos. Muchos Estados adoptaron medidas legislativas al respecto.

Independientemente de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, coincidimos con Rey y de Currea (2002: 100), en que "los desarrollos legislativos para la prevención y atención de desastres cumplen un papel no sólo jurídico (en el sentido legal de la palabra) sino también ético y social, en cuanto contribuye a crear lo que algunos llaman una "cultura de prevención de desastres".

Por ello, es necesario que los Estados asuman una doctrina plausible que conlleve a una verdadera prevención de los desastres naturales y mitigación de sus efectos. En este apartado analizaremos la doctrina sobre el humanitarismo y algunas normas internacionales.

## **A) DOCTRINA SOBRE EL HUMANITARISMO**

Vamos a examinar la ayuda humanitaria y la obligación del Estado de proporcionar Ayuda Humanitaria, finalmente analizaremos si el Estado tiene alguna obligación de prevención.

La importancia de esta sección es deducir desde la doctrina y el derecho la obligación del Estado prevenir los desastres naturales.

### **1. Ayuda Humanitaria**

Para entender la importancia de la ayuda humanitaria es necesario conocer los diversos términos que son utilizados en la doctrina sobre el humanitarismo. Así, el socorro humanitario y la ayuda de emergencia, a veces son confundidos por las personas.

Todo Estado debe estar preparado con anticipación para llevar a cabo estas medidas en caso de desastre natural.

Así, el Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE en el documento "Directrices del CAD sobre los conflictos la paz y la cooperación para el desarrollo" (1999: p. 33) definió al **socorro humanitario** como la actividad que consiste en auxiliar a las víctimas de alguna catástrofe producida por la naturaleza o por el hombre, es un acto que no está guiado necesariamente por los principios éticos y operativos característicos de la acción humanitaria. Por ejemplo, la ayuda que proporciona una fuerza exclusivamente a los de su bando. En cambio, la **ayuda de emergencia (o asistencia de emergencia)** tiene carácter

temporal y consiste en la provisión gratuita de bienes y servicios esenciales para la supervivencia.

La **ayuda humanitaria** comprende un campo más amplio, ya que envuelve no sólo la asistencia de emergencia, sino también la ayuda a los refugiados y desplazados, así como la ayuda en la rehabilitación y reconstrucción de infraestructuras económicas y sociales, inclusive abarca la prevención de conflictos y desastres naturales.

## **2. Obligación del Estado de proporcionar Ayuda Humanitaria**

La obligación del Estado de asegurar el disfrute efectivo de los derechos humanos origina la obligación de asistir a las víctimas que se encuentran bajo su jurisdicción en los casos de emergencia humanitaria.

De esta forma, la prestación por el Estado de la asistencia humanitaria a la población bajo su jurisdicción aparece como la prolongación lógica del respeto a la vida, a la integridad corporal y a la dignidad de la persona humana cuando se produce una situación de emergencia. Por tanto, la obligación específica del Estado de prestar asistencia humanitaria en casos de emergencia deviene de la obligación general de asegurar el disfrute de los derechos humanos. Esta obligación específica se inserta en la concepción funcional y relativa de la soberanía, de acuerdo a lo expresado por Giles (1997: p. 23).

Si bien es cierto que el Derecho Internacional no contiene una regla que obligue a los Estados a aceptar la asistencia humanitaria extranjera, en determinados casos, cuando el Estado no se da abasto para atender a las víctimas de una crisis o desastre natural se hace necesaria la ayuda humanitaria extranjera, que debe basarse en el respeto a la soberanía estatal y la seguridad humana.



Es importante considerar que la seguridad humana tiene dos aspectos principales. En primer lugar, significa seguridad contra amenazas crónicas como el hambre, la enfermedad y la represión. Y en segundo lugar, significa protección contra alteraciones súbitas y dolorosas de la vida cotidiana, ya sea en el hogar, en el empleo o en la comunidad, de acuerdo al PNUD en su informe "Human Development Report" (1994: p. 25).

### **3. La Obligación de Prevención**

Estamos convencidos que la evolución reciente de los Derechos Humanos, que a continuación desarrollamos brevemente, ha llegado al punto de exigir la prevención de los desastres naturales. Esta obligación se deduce de la protección de los derechos fundamentales y la defensa de la dignidad humana.

A continuación realizaremos una revisión de las normas y principios jurídicos más importantes en los que tiene su basamento esta obligación.

En primer lugar encontramos la *Carta de las Naciones Unidas* en cuyo preámbulo reafirmó la fe en la dignidad y el valor de la persona humana. Más adelante en su artículo 1 párrafo 3 prescribió entre sus propósitos y principios la cooperación internacional y el estímulo del respeto de los Derechos Humanos.

La Carta, en sus artículos 1, artículo 13 párrafo 1 inciso b), artículo 55, artículo 56, artículo 62 párrafo 2, artículo 68, artículo 73 y artículo 76 desarrolla de alguna u otra manera el tema de los Derechos Humanos, sin embargo sólo los artículos 55 y 56 "imponen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización –en orden a la promoción de los derechos humanos y libertades, en los términos del artículo 55 inciso c) de la Carta-, como a los Estados miembros (que para la realización de los propósitos anteriores se comprometen a tomar medidas

conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, en los términos del artículo 56 de la Carta)" (Carrillo, 1995: 30).

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948) fue un paso importante, pero "se consolidó progresivamente en la práctica internacional como una especie de modelo o estándar de referencia con innegable significado y valor jurídicos, en tanto que interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos" (Carrillo, 1995: 52).

A pesar de la Guerra Fría, los Estados pudieron ponerse de acuerdo en la redacción de los *Pactos Internacionales de "Derechos Civiles y Políticos"* y de *"Derechos Económicos Sociales y Culturales"* de 1966, lamentablemente no entraron en vigor por 10 años (el primero entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y el segundo el 3 de enero de 1976).

En el artículo 2 común a estos instrumentos jurídicos los Estados se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos, que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en los Pactos. El artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la vida y el artículo 7 del mismo tratado prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda.

Por otro lado, regionalmente se han aprobado convenciones en las que los Estados se comprometen a respetar y proteger la vida y la integridad de las personas bajo su jurisdicción. El respeto y proyección del derecho a la vida lo encontramos en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y en el

artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). La prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes los encontramos en el artículo 5 de la Convención Americana y el artículo 3 del Convenio Europeo. Asimismo, debemos mencionar que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1986) incluye esos derechos en sus artículos 4 y 5.

La obligación del Estado de respetar un mínimo de derechos humanos a la población bajo su jurisdicción la asume respecto a la Comunidad Internacional en su conjunto, entrando de este modo en la categoría de las obligaciones *erga omnes* (Giles: 1997: 22). En ese sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha declarado que:

“Esta obligación es, según la fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*: incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los Estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de los derechos humanos”. (“Declaración sobre la Protección de los Derechos Humanos y el Principio de no Intervención en los Asuntos Internos de los Estados”, Resolución de Santiago de Compostela, 1989, artículo 1, párrafo 2. Cit. por Giles, 1997: p. 22.)

Ahora bien, dado que existen situaciones en las que los Estados pueden derogar o suspender algunos derechos humanos, los derechos que, en *contrario sensu*, son inderogables, se convertirían en el núcleo duro de los derechos humanos. Estos derechos inderogables incluyen el derecho a la vida, a la

integridad física y el respeto a la dignidad humana. (El artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sería el mínimo irreducible del Derecho Internacional Humanitario, mientras que los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establecen una lista de derechos que no podrán bajo ninguna circunstancia ser suspendidos.)

En ese sentido, la obligación del Estado de asegurar el disfrute efectivo de esos derechos origina la obligación de prevenir los desastres naturales que pudieran generar crisis humanitarias.

El cumplimiento de la obligación de prevención no sería otra cosa que la prolongación del respeto a la vida, a la integridad corporal y a la dignidad humana. Por tanto, tiene carácter *erga omnes*.

## **V. CONCLUSIONES**

1. Los Derechos Humanos tienen un carácter evolutivo. Los derechos humanos de la solidaridad aparecen como una síntesis de los derechos anteriormente reconocidos.
2. El desarrollo humano es un proceso mediante el cual se puede disfrutar una vida prolongada y saludable. Es reconocido como Derecho Humano luego de un desarrollo doctrinal, por las Naciones Unidas.
3. La seguridad humana, que tiene un carácter multidimensional, está íntimamente relacionada con la prevención de desastres naturales.
4. La obligación del Estado de prevención de los desastres naturales se deduce de la doctrina humanitaria, la seguridad humana y los derechos humanos de la solidaridad.

5. La obligación del Estado de asegurar el disfrute efectivo de los derechos humanos inderogables origina la obligación *erga omnes* de prevenir los desastres naturales.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR SAHAGÚN, Luis Armando. *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, ITESO, México, 1999.
- ÁLVAREZ VITA, Juan. *Derecho al Desarrollo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Cultural Cuzco, Lima, 1988.
- CARRILLO SALCEDO, José Antonio. "El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 1972, pp. 119-125.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995.
- COMISIÓN INTERNACIONAL sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), "La Responsabilidad de Proteger", Informe de la CIISE, diciembre de 2001.
- COMITÉ DE AYUDA al Desarrollo de la OCDE, *Directrices del CAD sobre los conflictos la paz y la cooperación para el desarrollo*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1999.
- GILES CARNERO, Rosa. De la asistencia a la injerencia humanitaria: la práctica reciente del Consejo de Seguridad, Universidad de Huelva, Sevilla, 1997.
- JUSTE RUIZ, José. "El desarrollo sostenible y los derechos humanos", *Soberanía del estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Alejandro J. Rodríguez Carrión y Elisa

Pérez Vera (Coords.), Tomo II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

- MINISTERIO DE JUSTICIA, Guía Para Promotores De Derechos Humanos, 5ª ed., Lima, 2007.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, novena edición, 2005.
- REY MARCOS, Francisco y Víctor de Currea Lugo. *El debate humanitario*, Icaria Editorial, Barcelona, 2002.
- UNITED NATIONS Development Programme (PNUD), "Human Development Report 1990. Concept and Measurement of human development", Oxford University Press, New York – Oxford, 1990.
- UNITED NATIONS Development Programme (PNUD), "Human Development Report 1994. Concept and Measurement of human development", Oxford University Press, New York – Oxford, 1994.

**\* *Catedrático* de Derecho Internacional Público de la Universidad de San Martín de Porres. Responsable del Centro de Investigaciones. Máster en Relaciones Internacionales y Comercio, Doctorando en Derecho.**

# **LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL**

Por: HUMBERTO DURAN PONCE DE LEÓN (\*)

## **RESUMEN**

La humanidad ha experimentado un proceso por el cual los derechos humanos se han configurado como órdenes normativos supranacionales, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de la persona. Dicha transnacionalización se produce del siguiente mediante la celebración de tratados internacionales de acuerdo con las reglas establecidas en cada Constitución Política, los que permiten el acceso de la persona a la jurisdicción supranacional, así mismo mediante el establecimiento de cláusulas constitucionales expresas donde se reconoce que agotada la jurisdicción interna, se permite a la persona recurrir a los organismos internacionales vinculados a la defensa de los derechos humanos, donde el Estado haya asumido obligaciones de defensa y promoción de los derechos.

## **PALABRAS CLAVES**

Jurisdicción – supranacional - tratados - Derechos Humanos - constitución – internacional - comunitario.

## **ABSTRACT**

*Humanity has undergone a process by which human rights have been configured as supranational normative orders, whose purpose is the protection of fundamental rights of the person. This occurs as follows transnationalization through the conclusion of international treaties in accordance with the rules established in each Constitution, which allow the person access to the supranational jurisdiction, also through the establishment of express constitutional provisions which recognize that exhausted domestic jurisdiction, it allows the person to turn to international*

*organizations related to human rights, where the state has assumed obligations advocacy of rights*

***KEYWORDS***

*Jurisdiction – supranational – treaty - Human Rights –Constitution  
– International - communal*

*Revista Digital de Derecho  
Internacional, volumen I,  
número 1, 2013, pp. 31-55.*



## **SUMARIO**

I.-Concepto y Alcances. 1. Los Tratados, 2. Instrumentos generales del Sistema Universal, 3. El Sistema Regional. A) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, B) La Corte Interamericana y su competencia contenciosa, C) La ejecución de las sentencias internacionales, D) Efectos de la sentencia de la Corte Interamericana. II.- Jurisdicción Supranacional en la Constitución. 1. La Transnacionalización de los Derechos Humanos, 2. Supremacía Normativista Integracionista, 3. Regulación en la Constitución Política. A) Constitución Política del Perú 1993. III. Conclusiones., IV. Recomendaciones. VI. Bibliografía.

### **I.- CONCEPTO Y ALCANCES**

La formulación de lo que constituye la jurisdicción supranacional, y los alcances que se le asignan a la misma tiene el siguiente reconocimiento en doctrina:

«Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la convención americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción».<sup>1</sup>

---

1 BERNALES BALLESTEROS. Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, p. 858.

Es así que la mencionada adhesión estatal al proceso de transnacionalización de la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, se da mediante las siguientes vías:

a. Celebración de tratados internacionales -de conformidad con las reglas establecidas en la Constitución- que permitan el acceso personal a la jurisdicción supranacional (Convención americana sobre derechos humanos o pacto de san José de Costa Rica, 1969, Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundaméntales-tratado de Roma, 1950-, etc.).

b. Establecimiento de cláusulas constitucionales expresas en donde se reconozca que, agotada la jurisdicción interna, se permite a la persona recurrir a los organismos internacionales vinculados con la defensa de los derechos humanos, en los que el Estado tenga compromisos de promoción y defensa de éstos (Constituciones peruanas de 1979 y 1993, reforma costarricense de 1968, etc.).

Como se constata actualmente, la jurisdicción supranacional implica la transnacionalización de las prerrogativas humanas, esto es, la facultad del justiciable -no atendido adecuadamente en sus reclamos de defensa de sus derechos básicos- de poder alcanzar tutela a través de la acción de organismos internacionales. Por tanto, dichos organismos se convierten en sujetos de control (último) del derecho o garantía constitucional.

Por tanto, dicha jurisdicción supranacional viene a operar como una especie de segunda instancia correctora del deficiente funcionamiento del régimen de garantías de los derechos a nivel estatal y en supuestos individualizados. Para recurrir a ella el justiciable debe acreditar haber hecho uso de todos los recursos

internos, excepto que dichos recursos fuesen ineficaces, o fuesen inexistentes las garantías del debido proceso legal.<sup>2</sup>

## **1. LOS TRATADOS**

La doctrina ha rescatado el hecho que, es importante no dejarse llevar a conclusiones erróneas por el carácter y contenido diverso de los tratados. No importando los títulos que se les den, a la materia de que traten, o el número de sus signatarios, todos los tratados se ajustan a una misma definición: el tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales y que está regido por el derecho internacional.<sup>3</sup>

Esa definición establece que aquello que se califique de tratado debe de ser un acuerdo internacional. Es decir, debe basarse en la coincidencia de las diferentes voluntades de las partes. Entonces, la forma del instrumento por medio del cual se expresa la voluntad común de las partes, no tiene importancia. Puede decirse entonces que el tratado queda concluido una vez que se llega efectivamente a un acuerdo.

## **2. INSTRUMENTOS GENERALES DEL SISTEMA UNIVERSAL**

Se reconoce en la doctrina que los instrumentos generales de los derechos humanos son consecuencia de un enfoque global y sistemático y los instrumentos específicos de los derechos humanos provienen de la actividad de agencias y organizaciones con competencia en un ámbito determinado.

Del conjunto de instrumentos generales, el instrumento básico que ha fundamentado las bases del Derecho Internacional sobre

---

<sup>2</sup> GARCIA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, pág. 345.

<sup>3</sup> VIRALLY, Michel. *Fuente del Derecho Internacional*, pág. 135.

los derechos humanos, es la Carta de las Naciones Unidas<sup>4</sup>. En dicho texto se mencionan fines tales como el «promover y potenciar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión». También destaca lo establecido en el artículo 56 («Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55»), norma donde se expresa el compromiso de los países miembros de la Organización de Naciones Unidas respecto al logro de los propósitos establecidos en el artículo 55:

«Artículo 55 (...) la Organización promoverá:

- a. Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo;y,
- c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades».

Por otro lado, la ampliación de las cláusulas generales sobre derechos humanos que aparecen en la Carta de las Naciones Unidas forma la denominada «Acta internacional de Derechos Humanos», que engloba:

- 1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos
- 2. El Convenio Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales
- 3. El Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos

---

<sup>4</sup> CASTAÑEDA OTSU, Susana. *Derecho procesal constitucional*, pp. 486-487.

#### 4. El Protocolo opcional al Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

El Acta internacional de Derechos Humanos y las partes que la componen (excepto el protocolo opcional, que es un método de implantación internacional de los derechos humanos) son instrumentos generales de derecho internacional sustantivo sobre derechos humanos<sup>5</sup>. Dichos instrumentos generales regulan de tres categorías de derechos humanos.

a. Primero se encuentran los derechos cuyo objetivo directo es la protección de la libertad y la integridad física y moral de la persona. Entre estos derechos se encuentran el derecho a la vida, el derecho a no ser tenido en estado de esclavitud o servidumbre, o a ser sometido a trabajos forzados; el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no padecer arrestos o detenciones arbitrarios, etc.

b. Después encontramos el grupo de derechos políticos entre los que sobresalen el derecho a la libertad de opinión y expresión, el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, el derecho a tomar parte en la gestión de los asuntos públicos, el derecho a votar, etc.

c. Finalmente se encuentra el tercer grupo, de derechos económicos sociales y culturales tales como el derecho al trabajo, a la libre elección de empleo y a unas condiciones laborales justas y favorables, el derecho a constituir sindicatos y adherirse a ellos, incluido el derecho a la huelga, el derecho a la seguridad social, el derecho al descanso y al ocio, entre otros.

También se ha identificado en los instrumentos generales rasgos comunes tales como:

---

<sup>5</sup> VAN BOVEN, Theodor. *Reseña del Sistema Internacional de Derechos Humanos*, p. 142.

Comparten el principio de igualdad o no discriminación, lo cual representa la idea de justicia en la normativa sobre derechos humanos.

Se formulan limitaciones, las que pueden aplicarse en relación con el ejercicio de los derechos y libertades.

Se formula el concepto de deberes y responsabilidades.

En doctrina se afirma la sustentabilidad de una fusión entre los derechos humanos positivos y los derechos humanos de raigambre iusnaturalista. Ello puede ser afirmado en tanto los derechos formulados en el Capítulo I del título I de la Constitución Política, no excluyen los demás derechos que la Constitución garantiza -y que se encuentran reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos-. También se encuentra que el artículo 3 de la Constitución Política reconoce como derechos fundamentales a aquellos derechos que se funden en la dignidad del hombre o en los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

Se trata entonces de una cláusula de los derechos implícitos y mediante la incorporación de los tratados internacionales, reconoce que los derechos humanos incluyen bienes jurídicos más allá de lo que se haya reconocido a nivel de derecho positivo en el texto constitucional.

Por lo anterior, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales se encuentra en los tratados internacionales y se trata de valores que no deben quedar en manos del libre arbitrio propio de la actividad interpretativa sino que deben ser concordados con una interpretación judicial correcta, que se derive de la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> LANDA ARROYO. César, p. 790.

En dicho tema, el rol del Tribunal Constitucional es insoslayable: las sentencias del Tribunal Constitucional de hecho invocan disposiciones y jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos humanos. Por tanto, al lado de las decisiones de la Corte interamericana, sí puede ocurrir que el Tribunal Constitucional adicione el fundamento que desde el derecho interno se adscribe, «complementando» lo señalado por la sentencia de la Corte, lo cual tampoco significa -ni debe serlo- una limitación o precisión respecto a lo que en la instancia internacional se haya dispuesto.

### **3. EL SISTEMA REGIONAL**

#### *A) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

En el ámbito regional, la comisión Interamericana de derechos humanos y la corte interamericana de derechos humanos son los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la CADH, según lo dispuesto en el art. 33 de ese Tratado. La comisión Interamericana de derechos humanos está compuesta por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA, y recibe, estudia y resuelve sobre las denuncias de violaciones de los derechos humanos de individuos o grupos, así como sobre la situación general de los derechos humanos en países determinados. A esto se agrega sus actividades en la elaboración de nuevos instrumentos de derechos humanos y en la promoción, enseñanza, y estudio de estos derechos. Su labor trasciende a la propia CADH, pues es en el marco de este instrumento internacional, en que elabora decisiones sobre casos individuales.

Las decisiones de la Comisión interamericana de derechos humanos constituyen recomendaciones a los Estados para una correcta aplicación de las disposiciones de la Convención americana. Por otro lado, la Convención dio a la comisión la

facultad de manejar peticiones individuales y comunicaciones interestatales. Cada Estado parte de la Convención, acepta entonces la jurisdicción de la comisión para que ésta examine demandas privadas sentadas contra ese Estado.

Pero, la admisibilidad de una petición tiene condiciones:

1. El agotamiento de los recursos nacionales, de acuerdo con los principios reconocidos del derecho internacional, y
2. La petición debe ser sometida a la comisión en un período menor a seis meses a partir de la fecha en la cual la víctima de la presunta violación haya sido notificada del fallo nacional definitivo de su caso.

Pero, estos requerimientos no impiden que una petición sea admitida si se puede demostrar:

1. Que no existen los recursos nacionales que protejan de las violaciones del derecho en cuestión.
2. Que el acceso a los recursos nacionales aplicables haya sido denegado o haya habido alguna interferencia, o
3. Que los recursos nacionales hayan sido sometidos a una demora injustificada.

#### *B) La Corte Interamericana y su competencia contenciosa*

La Corte interamericana se compone de siete magistrados elegidos por la Asamblea General de la OEA, en una votación donde sólo participan los Estados partes en la Convención. Su competencia se da en dos ámbitos distintos: el contencioso y el consultivo.

Por su competencia contenciosa o jurisdiccional, la Corte Interamericana puede examinar violaciones de la Convención americana. Su competencia jurisdiccional se aplica sólo a aquellos Estados que se la han reconocido expresamente. Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana deben ser acatadas obligatoriamente por los Estados que han formulado tal



declaración. De acuerdo con el artículo 67 de la Convención, sus sentencias tiene el carácter de definitivas e inapelables<sup>7</sup>.

*C) La Ejecución de sentencias internacionales*

La Corte Interamericana ha establecido que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados, y que las reparaciones como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas.

Asimismo, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de dictar diversos fallos estableciendo la responsabilidad internacional del Estado Parte cuyo caso fue sometido a su jurisdicción, y respecto a las reparaciones e indemnizaciones en la mayoría de ellos ha encomendado a la Comisión interamericana y al Estado demandado la determinación de la forma y cuantía de la indemnización, reservándose la facultad de revisar dicho acuerdo en un plazo determinado. La Corte ha dado al concepto «indemnización económica» el de «reparaciones pecuniarias», procedimiento de reparaciones en el que tuvieron activa participación las víctimas, sus familiares o los representantes legales debidamente acreditados.

Por tanto, las reparaciones según los fallos de la corte, no solo comprenden la indemnización por el daño material y moral sufrido por la víctima, sino que además comprenden otros mandatos con la invalidez del proceso y realización de un nuevo juicio, la libertad de la víctima, la investigación por parte del Estado de los hechos que generaron las violaciones constatadas en la sentencia, entre otras medidas. Se requiere pues efectuar un procedimiento -que

---

<sup>7</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, pp. 876-877.

muchas veces no es sencillo ni rápido- para poder cumplir íntegramente el fallo de la corte<sup>8</sup>.

*D) Efectos de la sentencia de la Corte Interamericana*

La doctrina señala que las sentencias de la Corte Interamericana establecen el siguiente conjunto de efectos directos:

1. Poseen carácter definitivo, inapelable y de cumplimiento obligado de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de esta característica, lo que haya dispuesto la sentencia de la Corte Interamericana -se trate sobre el fondo del asunto o sobre las excepciones preliminares o sobre la determinación de las reparaciones- tiene el carácter de inapelable y de cumplimiento obligatorio e ineludible para las partes del proceso.

Asimismo, a consecuencia de esto es que las sentencia dictadas por la Corte Interamericana, no pueden ser eludidas, modificadas ni suspendidas por los Estados involucrados, alegando circunstancias o disposiciones de derecho interno o que el ordenamiento interno no contemple los procedimientos idóneos para el cumplimiento de lo que dichas sentencias disponen<sup>9</sup>.

2. El valor vinculante de las sentencias no sólo se limitan al fallo sino que se prolonga hacia los fundamentos jurídicos. En virtud de esto los Estados se encuentran obligados al cumplimiento de lo establecido en las sentencias de la Corte. La parte dispositiva de las sentencias no sólo incluye el fallo sino también los fundamentos jurídicos, porque no sólo se explica, motivan o justifican las medidas adoptadas, sino que también se señalan los criterios a seguir, los límites o alcances de las medidas

---

<sup>8</sup> CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. *Derecho procesal constitucional*, p. 521.

<sup>9</sup> REMOTTI CALDERON, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 279.

o los procedimientos a seguir para el cumplimiento de las sentencias<sup>10</sup>.

3. La emisión de una sentencia condenatoria no elimina la obligación del Estado responsable de seguir con las investigaciones, sancionar a los responsables y adoptar las medidas necesarias para alcanzar dentro de su territorio una plena y eficaz protección de los derechos. Así, independientemente de si se ha dictado una sentencia condenatoria, los Estados se encuentran obligados a seguir con las investigaciones y sancionar a los responsables de haber producido la violación de derechos, originados en los hechos que son materia del caso.

4. La vinculación a lo que haya dispuesto la sentencia, no es aplicable a la Corte Interamericana, la cual puede variar su jurisprudencia. El que la corte no se vincule a sus precedentes jurisprudenciales se debe a que se considera que cada caso es pasible de un análisis individualizable.

La normativa vigente establece que las sentencias de los organismos internacionales cuya jurisdicción haya sido aceptada por el Perú, se harán cumplir a través de la Corte Suprema del Perú, de acuerdo a los procedimientos que rigen los fallos locales.

Asimismo, encontramos que la Convención Americana de Derechos Humanos no establece ningún mecanismo específico para supervisar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional. A pesar de ello, el artículo 65 de la Convención americana establece que:

«En cada sesión ordinaria de la Asamblea general de la Organización de Estados Americanos, el tribunal presentará a

---

<sup>10</sup> Se reconoce incluso que el tribunal puede interpretar sus sentencias si existiera un desacuerdo en su «universo de significados». Cfr. BUERGENTHAL, Tomás. *Derechos Humanos Internacionales*, pp. 220-221.

la consideración de la Asamblea un informe de su trabajo del año anterior. En él se especificarán, en particular, los casos en los cuales algún Estado no haya obedecido sus sentencias, e irá acompañado de las recomendaciones pertinentes».

Lo anterior nos da pie para sustentar lo siguiente: una reciente sentencia del fuero militar peruano declara prescrita la comisión de violación de derechos humanos cuya condena había sido establecida en una sentencia de la Corte Interamericana. La sentencia del fuero militar refleja las limitaciones que aún aquejan al ordenamiento peruano para hacer cumplir las sentencias de la Corte Interamericana.

Si por mandato legal la instancia encargada de operativizar o concretar los fallos de la Corte interamericana en el derecho interno es el Poder Judicial, y si se constata serias deficiencias del Poder Judicial en el cumplimiento de dicho rol, debemos recordar que los criterios que esgrime el Poder Judicial no solamente son contrarios a las exigencias emanadas del texto y las sentencias de la Convención americana y Corte interamericana, respectivamente. Como según la cuarta disposición final y transitoria los derechos se interpretan de acuerdo a los tratados internacionales, al establecer la Convención americana la jurisdicción contenciosa, no puede haber otra forma de adscribirse a la jurisdicción de la Corte, que acatando las obligaciones asumidas en dicho tratado e implementando sus fallos de un modo irrestricto, pleno y eficaz.

Ahora bien, si la materia de la Convención Americana son derechos fundamentales, recogidos en la Constitución Política, la última instancia dentro del ordenamiento peruano en materia de protección de derechos es el Tribunal Constitucional, el cual además posee una jurisprudencia que vincula a todos los organismos y poderes del Estado peruano. Es decir, la interpretación que el tribunal Constitucional establece en materia

de derechos, debe ser acatada incluso por la máxima instancia del Poder Judicial.

A ello debemos agregarle que lo que debe hacer el Poder Judicial es hacer aplicable el fallo de la Corte Interamericana en el derecho interno, tal cual si se tratase de un fallo local. El Poder Judicial carece de facultad alguna de poder incidir de modo interpretativo sobre los alcances del fallo, dado que ello haría depender los alcances y con ello la eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana, de determinaciones judiciales y procesalistas las cuales pueden jugar a favor de la impunidad o el retraso e incumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de protección de derechos.

Por tanto, nos parece que en derecho interno puede constituir un ente supervisor y rector que específicamente se encuentre abocado a hacer un seguimiento de lo que ocurre con las sentencias internacionales donde el Estado peruano es condenado a pagar indemnizaciones o a establecer medidas a favor de quienes aparecen como víctimas de violación de derechos fundamentales. El defensor del Pueblo se encuentra en condiciones de hacer un seguimiento de la implementación que se da o no dentro del ordenamiento interno, de los fallos de la Corte Interamericana.

## **II.- JURISDICCION SUPRANACIONAL EN LA CONSTITUCION**

### **1. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La humanidad ha experimentado un proceso por el cual los derechos humanos se han configurado como órdenes normativos supranacionales, cuya finalidad es la protección de los derechos

fundamentales de la persona. Dicha transnacionalización<sup>11</sup> se produce del siguiente modo:

a. Mediante la celebración de tratados internacionales -de acuerdo con las reglas establecidas en la Constitución Política- los que permiten el acceso de la persona a la jurisdicción supranacional.

b. Mediante el establecimiento de cláusulas constitucionales expresas donde se reconoce que agotada la jurisdicción interna, se permite a la persona recurrir a los organismos internacionales vinculados a la defensa de los derechos humanos, donde el Estado haya asumido obligaciones de defensa y promoción de los derechos.

Por tanto, nos parece que en derecho interno puede constituirse un ente supervisor y rector que específicamente se encuentre abocado a hacer un seguimiento de lo que ocurre con las sentencias internacionales donde el Estado peruano es condenado a pagar.

## **2. SUPREMACIA NORMATIVISTA INTEGRACIONISTA**

A nivel internacional existe un control supranacional de la supremacía normativa.

— La Jurisdicción Supranacional integracionista o comunitaria, que se ha dado en el proceso de integración comunitaria en el continente europeo.

En este tipo de control los Estados vinculados a un proceso de integración han decidido -en ejercicio soberano- que el derecho comunitario haga las veces de una verdadera «lex superior» que prevalezca sobre los ordenamientos jurídicos internos. Basado en

---

<sup>11</sup> GARCIA TOMA, Víctor, "Jurisdicción Supranacional". En: *La Constitución comentada*, pp. 1138-1139.

tal sistema, los organismos de control supranacional ejercen entonces facultades inaplicativas sobre las normas de derecho interno que devengan en incoherentes o contradictorias con el derecho comunitario.

Hoy en día dicho control supranacional en favor de la supremacía normativa comunitaria europea se encuentra a cargo de la Corte de Justicia de la Comunidad europea -establecida como resultado del tratado de Roma de 1950 y del Convenio de Bruselas de 1968.

El ejercicio de la supremacía normativa integracionista se encuentra avalada en razón de alguna de las tres siguientes consideraciones:

- a) Existencia de una norma constitucional expresa.
- b) Existencia de un tratado celebrado de conformidad con la Constitución.
- c) Aplicación de un modo de integración encargado de cubrir una laguna constitucional.

Encontramos que en caso de la supremacía normativista integracionista europea, la decisión de constituir una normativa superior desde la cual se califica la adecuación de la normativas estatales respecto de dicho ordenamiento, constituye una decisión de integración normativa «desde arriba», esto es, se ha construido una instancia a partir de la cual y que, erigida sobre los ordenamientos internos, ejerza una labor de supervisión normativista integracionista. Ello también constituye una opción de supervisar el cumplimiento de normativa integracionista vinculada a la protección de derechos.

Se podría afirmar que tal sistema implica una atribución o contribución de soberanía de los Estados a favor del Ente de control supranacional.

Nosotros creemos que también puede existir una atribución de soberanía en el caso latinoamericano, pero de un modo distinto al caso europeo: puede ocurrir que en cada ocasión que la Corte Interamericana emita sus decisiones, los Tribunales Constitucionales latinoamericanos realicen una labor de adecuación de los criterios esgrimidos por la Corte Interamericana, a efectos de establecer lineamientos que vuelvan predecibles sus resoluciones en materia de derechos humanos. Por tanto, se daría una integración protectora de derechos humanos, donde al ya existir la Corte Interamericana, lo que harían los Tribunales Constitucionales sería una supervisión de sus ordenamientos internos, ya no únicamente para verificar la adecuación de los mismos a los respectivos textos constitucionales, sino a la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de los derechos.

Por tanto, se trataría de una labor de «intermediación protectora» entre las determinaciones de la Corte Interamericana y los sistemas jurídicos nacionales, la cual aunada a la supervisión de la constitucionalidad de los ordenamientos, terminaría por perfeccionar un orbe regional a favor de los derechos.

Aunque ello chocaría con la cuestión respecto a la jerarquía de los tratados de derechos humanos, en el sentido de si tienen rango supra constitucional, constitucional o legal, en el caso peruano, podemos afirmar que los tratados en materia de derechos humanos poseen rango supra constitucional, por lo siguiente:

Aunque según el artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política, los tratados tienen rango de ley, según la cuarta disposición final y transitoria, «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas



materias ratificados por el Perú». Si se reconoce que «se interpretan de conformidad» con la normativa internacional señalada, está claro que los criterios de aplicación de las normas en materia de Derechos Humanos, deben encontrar y complementar su sentido en la normativa internacional, la cual entonces aparece de rango superior a las normas constitucionales, dado que aquellas se constituyen en guías de interpretación de éstas, y no al revés.

Otro argumento a favor de la supra constitucionalidad de los tratados en el ordenamiento nacional, consiste en que al establecerse que en el caso que un tratado internacional afecte una disposición constitucional debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, lo que se hace es habilitar el supuesto de predominio de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el texto constitucional, en el caso que la firma de un tratado implique una modificación constitucional. Se afirma que los tratados internacionales pueden prevalecer sobre la Constitución Política del Estado siempre y cuando sean aprobados conforme a ciertos requisitos previamente establecidos<sup>12</sup>.

De acuerdo a lo anterior se sostiene que entonces, el tratado opera con fuerza de ley internacional incluso superior a la ley constitucional, porque es capaz de reformar la Constitución de acuerdo a la voluntad de un poder constituyente que no puede ser calificado como nacional sino internacional.

### **3. REGULACION EN LA CONSTITUCION POLITICA**

#### *A) Constitución Política de 1993*

Artículo 205. Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede

---

<sup>12</sup> LANDA ARROYO. César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, p. 781.

recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

Hoy en día la cuestión de los derechos humanos no es algo que quede circunscrito a la soberanía interna de los Estados, sino que puede ser considerada como patrimonio de la comunidad internacional. Por tanto, su tutela rebasa ampliamente el ámbito estrictamente estatal y es factible hablar de una protección transnacional de los derechos. Esto es la consecuencia de que los derechos humanos constituyen un nuevo derecho natural de la humanidad, en el sentido de un conjunto de parámetros de conducta y de evaluación concordes en tradición ideológica y filosófica, de preceptos religiosos y concepciones del mundo, que han sido transformados por los Estados mismos en Código internacional de conducta<sup>13</sup>.

Por tanto, el que cada Estado otorgue protección judicial a los derechos humanos no es solo un asunto de procedimiento, llega a ser un tema de fondo, de esencia porque la protección por debido proceso de los derechos, en realidad se configura como un derecho importante y uno de los instrumentos más apropiados para su vigencia.

El artículo 205 de la Constitución lo que hace es exigir que se haya agotado la jurisdicción interna. Ello conlleva las siguientes consecuencias:

El proceso debe haber llegado a la última instancia posible y debe haber sido denegado.

También puede ocurrir que el caso haya sido presentado infructuosamente, porque una acción en demanda de protección no haya sido recibida.

---

<sup>13</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 6. p. 169.

Lo anterior permite afirmar que generan similares efectos el «agotamiento de la jurisdicción interna» no solamente en el caso de la terminación de los procedimientos judiciales y/o administrativos, sino también las situaciones de retraso injustificado en la decisión, o una situación de imposibilidad de acceso o de agotamiento de los recursos internos disponibles y también la falta de una legislación interna que garantice efectivamente el respecto a los principios y garantías que configuran el debido proceso.

Entonces, se puede asumir que el artículo 205 de la Constitución Política admite la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos, aunque debe reconocerse que, finalmente, la fuerza que tome en el derecho interno depende de los esfuerzos que realice la jurisprudencia nacional en el sentido de incorporación de las normas de derecho internacional, y ello ocurrirá cada vez que algún justiciable recurra al Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas, o a la Comisión Interamericana de derechos humanos.<sup>14</sup>

Actualmente, los organismos a los que puede recurrir la persona, son los siguientes:

- a) El comité de derechos humanos de las Naciones Unidas.
- b) La comisión interamericana de derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos.
- c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

### **III. CONCLUSIONES**

---

<sup>14</sup> CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993. Lectura y comentario*, p. 459.

1. La labor del Tribunal Constitucional es crucial, porque en sus sentencias constantemente invoca la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con ello lo que hace el tribunal Constitucional es asimilar al ordenamiento interno, los conceptos, razonamientos y normas interpretados por la jurisdicción supranacional. Se trata de un proceso de «asimilación» de contenidos y no de imposición o reemplazo.

2. Aunque en doctrina se ha señalado que la fuerza que en el derecho interno posean las normas de derecho internacional, depende de los esfuerzos que realice la jurisprudencia nacional cada vez que algún justiciable recurra al Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas, o a la Comisión Interamericana de derechos humanos, creemos que no es necesario esperar una demanda ante tales órganos de los sistemas universal y protector respectivamente. Las sentencias del Tribunal Constitucional al citar la jurisprudencia y decisiones emanadas de dichas instancias realizan con ello una labor de difusión e incorporación del texto y fines del derecho internacional dentro del ordenamiento, dado que dentro del ordenamiento nacional ningún otro órgano interno se encuentra en condiciones de poder superponer su interpretación a la que realiza el Tribunal Constitucional.

#### **IV. RECOMENDACIONES**

Se puede postular y debatir la posibilidad de una normativa integracionista latinoamericana, donde los Tribunales Constitucionales latinoamericanos realicen una labor de adecuación de los criterios esgrimidos por la Corte Interamericana, a efectos de establecer lineamientos que vuelvan predecibles sus resoluciones en materia de derechos humanos. Consideramos que mediante ello se daría una integración protectora de derechos humanos, donde al ya existir la Corte

Interamericana, lo que harían los Tribunales Constitucionales sería una supervisión de sus ordenamientos jurídicos internos, ya no únicamente para verificar la adecuación de los mismos a los respectivos textos constitucionales, sino a la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de los derechos.

## **V. BIBLIOGRAFÍA**

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique La Constitución de 1993. Análisis comparado. Lima, Constitución y sociedad, 1997.
- BUERGENTHAL, Thomas Derechos Humanos Internacionales. Madrid, Gernika, 1996.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coord.) Derecho procesal constitucional. Lima, Jurista editores, 2002.
- CHIRINOS SOTO, Enrique Constitución de 1993. Lectura y comentario. Lima, NERMAN, 1994.
- FERRANDO BADIA, Juan Estudios de ciencia política. Madrid, Tecnos, 1976.
- GARCIA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima, Universidad de Lima, 1999.
- GARCIA TOMA, Víctor Jurisdicción Supranacional. En: La Constitución comentada. Lima, Gaceta Jurídica, 2005. Tomo II.
- LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado democrático. Qima, Palestra Editores, 2003. 2a Ed.

- LLANOS MANSILLA, Hugo. Teoría y práctica del derecho internacional. Lima, s.e., 1983.
- REMOTTI CALDERON, José Carlos La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima, Idemsa, 2004.
- RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima, PUCP, Fondo Editorial, 1999. Tomo 6.
- VALLE-RIESTRA, Javier. La jurisdicción supranacional. Lima, Editorial Arte Gráfica JVG, 2000.
- VAN BOVEN, Theodoor C. Reseña del sistema internacional de Derechos humanos. En: «Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos». Naciones Unidas, Nueva York, 1992.
- VASAK, Karel. Ensayos sobre derechos humanos: las dimensiones internacionales de los derechos humanos. Lima, Comisión andina de Juristas, 1990.
- VIRALLY, Michael. Fuentes del derecho Internacional. Barcelona, Bosch, 1978.

**\* *Catedrático* de Derecho Internacional Público Universidad de San Martín de Porres. Estudios concluidos de Maestría, PUCP. Título de Abogado, USMP. Bachiller en Derecho, USMP.**

# **EL DERECHO INTERNACIONAL EN ROMA EL "IUS FETIALE"**

Por: AARÓN OYARCE YUZZELLI (\*)

## **RESUMEN**

La más antigua institución del Derecho Internacional en Roma, que estudia el autor, se introdujo con los Feciales, que era una agrupación de veinte sacerdotes, los cuales venían de las mejores familias patricias.

Los feciales estaban encargados de representar al pueblo de Roma y de realizar toda relación diplomática con los pueblos extranjeros, aquí se reconoce la importancia de las funciones de estos sacerdotes para establecer la paz o declarar la guerra así mismo la importancia de celebrar tratados.

## **PALABRAS CLAVES**

Tratados – declaración – Derecho Internacional – extranjero – estado.

## **ABSTRACT**

*The author studies the oldest institution of international law in Rome that was introduced with the fetials, which was a group of twenty priests who came from the best patrician families.*

*The fetials were in charge of representing the people of Rome and make all diplomatic relations with foreign nations; hence the importance of the functions of these priests is recognized for establishing peace or declares war and the importance of the same treaty.*

## **KEYWORDS**

*Treaties - statement - International Law - abroad - state.*

*Revista Digital de Derecho  
Internacional, Volumen I,  
número 1, 2013, pp. 56-73.*

**SUMARIO:** I. Introducción, II. Etimología, III. Origen, IV. Constitución, V. Funciones. 1. Derecho fecial de paz. A) Celebración de los tratados, B) Efectos. 2. Derecho fecial de guerra. A) Declaración de guerra, B) Teoría de la hostilidad natural. VI. Analogía entre el *ius fetiale* y el derecho internacional, VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En este artículo trataremos de conocer la más antigua institución del derecho Internacional en Roma; los Feciales<sup>15</sup> y veremos su etimología, composición, funciones tanto en épocas de paz como en guerra, también analizaremos el proceso de celebración de los tratados y sus efectos para con los terceros. La declaración de guerra y las diversas teorías de hostilidad natural y la paz natural. Concluiremos el trabajo tratando de encontrar analogías entre el derecho Fecial y el derecho Internacional.

## II. ETIMOLOGÍA

En algunos casos la hacen derivar de *fides*, siguiendo a Varrone<sup>16</sup> otros de *foedus*<sup>17</sup> siguiendo a Servio: algunos prefieren citar a Festo haciéndola derivar de *ferir*<sup>18</sup>, otros como Conradi que cita a Plutarco, y le da origen a *faciendo*. Fusinato nos menciona que *fetialis* deriva de *fetis*, un sustantivo anticuado que tendría relación con *fateri* y *fari*; y ésta derivación encuentra sustento en la existencia de un verbo osco *fatium* (el cual corresponde al latín *fari*). Según ésta derivación de *Fusinato fetialis* podría correctamente traducirse como oradores (oratores)<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> CATALANO. *Linee del Sistema Sovrannazionale Romano*, Torino 1965, pp. 3-88.

FABBRINI. *Impero di Augusto come Ordinamento Internazionale*, Milano 1974, pp. 116-123. (Los feciales eran una de las principales instituciones religiosas en Roma, dedicada a las relaciones internacionales romanas. La institución religiosa romana principal fue el Colegio de Pontífices, institución comandada por el rex romano, además podemos mencionar a los augures, que predecían el futuro y a las vestaglie).

<sup>16</sup> VARRONE, *De Lingua Latina* V, 15: ((*Fetiales* ( *dicti* ) *quod fidei publicae inter populus praeerant*)).

<sup>17</sup> Servio. *Aen.* IV, p. 22 ((*a foedere dictos*)); mientras que en otro lugar (en *Aen.* I, 62) *trae foedus de ferialis* ((*foedus autem dictum vel a ferialibus id est sacerdotibus per quos fiunt foedera*)).

<sup>18</sup> FUSINATO. *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884, p. 28.

<sup>19</sup> Op. cit., p. 28.



Se trata de magistrados-sacerdotes que tenían la tarea de representar al pueblo romano en todos los actos con relevancia jurídica internacional<sup>20</sup>: *"fetialis apud veteres Romanos erant qui sancto legatorum officio ab his, qui adversum populum Romanum vi aut rapinis aut injuriis hostilimente commoverant pignora facto foedere iure repetebant, priusquam id fuisset Fetialibus denuntiatum"*<sup>21</sup>.

### III. ORIGEN

Los feciales surgieron en Roma en el *populus romanus*, compuesto de elementos diversos, y no fueron transportados de otras gentes; estos no fueron creados por ningún (*Fector Resius*). Pertenecen a una edad muy avanzada, cuando las formas legales sustituyeron a una forma de guerra hecha sin intimación<sup>22</sup>. La introducción de ésta institución en Roma se le atribuye a Numa Pompilio<sup>23</sup>, Tulio Ostilio<sup>24</sup>, Anco Marzio:

Livio, 1.32.5. *"...Tullo regi aptiora quam Numae. Ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset, a se bellicae caerimoniae proderentur, nec gererentur solum sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, ius ab antiqua gente Aequicolis, quod nunc fetiales habent, descripsit quo res repetuntur"*.

Se habla de introducción y no de creación por que parece suficientemente probado el origen itálico de esta institución en Livio:

Livio, 1.32.5; 8.39.14 *"Fetiales Romam, ut censuerunt, missi et corpus Brutuli exanime; ipse morte voluntaria ignominiae se ac supplicio subtraxit. Placuit cum corpore bona quoque eius dedi. Nihil tamen earum rerum praeter captivos ac si qua*

---

<sup>20</sup> FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII. p. 254.

<sup>21</sup> NONIUS, 529. 17.

<sup>22</sup> BAVIERA, *I Feziali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898, p. 10.

ZOCCO-ROSA, *Fetialum Collegii Compositione*, Ex Typis Martinentii, Catanae 1887.

<sup>23</sup> DIONYS., 2, 72; Plut., Numa, p.12.

<sup>24</sup> CICERON, *De Rep.*, 2.17.31.

*cognita ex praeda sunt acceptum est; ceterarum rerum inrita fuit deditio. Dictator ex senatus consulto triumphavit”.*

Livio, 9.1.3. “..., *primum ipsum bellatorem ducemque. Is, ubi legati qui ad dedendas res missi erant pace infecta redierunt, “ne nihil actum” inquit “hac legatione censeatis, expiatum est quidquid ex foedere rupto irarum in nos caelestium fuit.*

Donde se encuentran restos de (*fetiales*) en los Sabinos y en los Latinos<sup>25</sup>. También Fusinato nos menciona el origen itálico de los feciales, señalando que ha sido una institución universalmente itálica conocida por los Sannitas, Sabinos y Latinos<sup>26</sup>.

#### **IV. CONSTITUCIÓN**

Los feciales formaban un *collegium*<sup>27</sup>, como dice Livio (XXXVI, 3); Tacito (Ann., 64); Cicerón (De *Legibus*, II, 9), constitución ésta de todas las magistraturas romanas<sup>28</sup>. Estaba compuesto por veinte miembros, según Varrone<sup>29</sup>, quién afirma que (*fetiales viginti qui de his rebús*) es decir si legados violados *esset cognoscerent, indicarent, statuerent, costituerunt*.

Los feciales eran sacerdotes; y como todo *elius sacrum*, también el *ius fetiale* estaba constituido por formulas, por ritos, por solemnidades, de ceremonias que el pueblo Romano, por rígidos preceptos religiosos sostenedores, que debían de observar para declarar la guerra o para establecer la paz. Y como en las Doce tablas no estaba escrito el derecho pontificio o el derecho augural, pero ambos estaban consagrados en libros secretos, así podemos asegurar con seguridad que todas las fórmulas y ritos que constituían el derecho fecial, estaban recogidas en libros religiosos especiales (libros y comentarios), confiados al cuidado del colegio de los feciales, el cual probablemente tenía el encargo

---

<sup>25</sup> FERRARI, Op. cit., p. 255.

<sup>26</sup> FUSINATO, Op. cit., p. 30.

<sup>27</sup> PIERANTONI. *Trattato di Diritto Internazionale*, Roma 1881, Vol. I, p. 292.

<sup>28</sup> BAVIERA, Op. cit., p. 12.

<sup>29</sup> DE VITA p. R. II apud Numiniums. V. *Fetiales*, p. 187.

de llevar nota de todos los tratados que Roma contraía con otros Estados<sup>30</sup>.

Eran nombrados de por vida por *Cooptatio* y elegidos entre las mejores familias patricias y luego de la ley Ogulnia también se le dio oportunidad a los plebeyos de acceder a éste cargo<sup>31</sup>. Lo contrario es sostenido por Weiss en Daremberg-Saglio, 2,2, ((*Fetiales*)), insistiendo en el carácter típicamente patricio de ésta magistratura<sup>32</sup>.

Los feciales como los otros sacerdotes romanos eran honrados y poseían santidad e inviolabilidad también fuera del territorio patrio<sup>33</sup>: *sacrum etiam inter exterarum gentes legatorum ius*<sup>34</sup>.

Estaban presididos por un *pater patratus*, de carácter duradero y perpetuo, como el del *pontifex maximus* en el colegio de los *pontifices*, como el magister de los *Salii* y de los Hermanos *Arvales*, como el de la virgo *vestalis* máxima entre las vestales<sup>35</sup>. Él era el encargado de la consagración del *foedus* y de la declaración de guerra, también le eran reservadas atribuciones especiales, entre las cuales la representación del pueblo romano.

Respecto a su etimología algunos la explican como el *pater* familias representaba a sus hijos, así el *pater* al pueblo de Roma: *patratus* estaría a indicar la consagración de ésta paternidad artificial<sup>36</sup>. Otros señalan que *patrare* proviene de *sancir*, que indica la misión de los feciales de consagrar o de un *nuntium*, en relación a la misión asignada<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> FUSINATO, op. cit., p. 34.

*Ancient Culture and Society, The Romans and Their Gods*, Chatto & Windus, London 1969.

<sup>31</sup> MOMMSEN, *Rom. Forschungen*, I, p. 115.

<sup>32</sup> FERRARI, Op. cit., V., p. 255.

<sup>33</sup> FUSINATO, Op. cit., p. 37.

<sup>34</sup> TACITO, Ann., III, 80.

<sup>35</sup> FUSINATO, Op. cit., p. 39.

<sup>36</sup> BAVIERA, Op. cit., p. 13, citando a Lange, 13, 265.

<sup>37</sup> Livius, 38.3.8.

## V. FUNCIONES

Las funciones principales eran las de ser jueces y mensajeros de los acuerdos (*foedera*) de paz y de guerra; ser *publici legati* y *nuntii* (representantes del *populus romanus*) en las relaciones extremas de Roma con otros pueblos; tomar determinaciones en relación a la guerra; llevar a cabo el rito de celebración del acuerdo (*foedus*), la *rerum repetitio* (pedido de reparación que precedía la declaración de guerra) y declarar el *bellum iustum piumque* (declaración de guerra)<sup>38</sup>.

### 1. Derecho fecial de paz

#### A) Celebración de los tratados

La función de los feciales en las relaciones de paz, se explica en la conclusión de los *foedera*, que son de carácter religioso formalmente pero, de sustancia netamente jurídica: ((*foedera sacienda*)), observando a Livio 9.5.1:

*"Consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere uictor agitare, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemn"*.

1.24: *"sine fetialibus foedus fieri non potest nec cerimoniaque alia solemni"*<sup>39</sup>.

Para Mommsen el *foedus* era una forma particular de tratado entre Roma y un Estado extranjero, con la característica de estar fundado en el juramento de execración. La intervención de los feciales no era necesario: también el comandante militar hubiera podido concluir un *foedus*, con las mismas formalidades. La doctrina romana distinguía un *foedus* confirmado por los feciales y aquellos concluidos por los militares<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> MENDEZ CHANG, El *Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000, p. 13.

<sup>39</sup> BAVIERA, Op. cit., p.18.

<sup>40</sup> MASI, *Foedus*, Extracto del *Novissimo Digesto Italiano*, V. VII, p. 420.

Para De Martino, quién señalaba que siempre era necesario la intervención de los feciales<sup>41</sup>, el *foedus* era “un tratado confirmado solemnemente por medio del juramento de execración pronunciado por los feciales” las características de este tipo de tratado, en origen, solamente formales. Cualquier relación internacional (de la simple amicitia, de la convención de paz perpetua, a la alianza, societas) podía ser revestido con las formas del foedus. Pero para su particular solemnidad, formalismo y su colorido religioso el foedus sería utilizado para establecer las relaciones de mayor importancia y, por eso, en el curso del desarrollo histórico, habría acabado “identificándose con la sustancia misma del tratado”<sup>42</sup>.

Algunos autores Rubino y Mommsen señalan que era poder exclusivamente del rex el realizar los foedus, en época republicana, del magistrado. El principio ((iniussu populi foedus fieri non posse)) (Livio, 9.5.1): Consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere uictor agitare, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni.

Habría sido confirmado solo en el 321 después de Cristo, en ocasión de la pax Caudina. El poder del senado de contraer válidamente vínculos internacionales sin la colaboración del pueblo constituiría una de las usurpaciones de derechos del pueblo, realizada por el senado en edad postsillana.<sup>43</sup> Pero otros como Taübler, señalan que tanto el magistrado, el senado y el pueblo eran competentes de la misma manera desde el inicio de la edad imperial<sup>44</sup>.

Frezza y De Martino señalan que la intervención del pueblo en la constitución de vínculos internacionales ha sido admitida en

---

<sup>41</sup> DE MARTINO, *Storia...* V. II, p. 37.

<sup>42</sup> MASI, Op. cit., p. 420.

<sup>43</sup> MASI, Op. cit., p. 241.

<sup>44</sup> TÄUBLER, *Imperium Romanum*, p. 99. Ss; p. 157.

época sucesiva respecto al magistrado y al senado. El senado habría tenido desde el inicio un poder concurrente con el del magistrado supremo<sup>45</sup>.

El procedimiento para la conclusión del *foedus* y la formulación según Livio<sup>46</sup>, nos señala que para la conclusión del *foedus* se necesitaba la participación de los feciales.

El colegio de los feciales elegía de su seno a dos o, cuatro sacerdotes, para que procedan a la conclusión del *foedus*<sup>47</sup>.

Livio, 30.43.9. (*Sine pretio eos Carthaginiensibus redderet. Fetiales cum in Africam ad foedus feriundum ire iuberentur, ipsis postulantibus senatus consultum in haec verba factum est ut privos lapides silices priuasque verbenas secum ferrent ut, ubi praetor Romanus imperaret ut foedus ferirent, illi praetorem sagmina poscerent.- Herbae id genus ex arce sumptum fetialibus dari solet. Ita dimissi ab Roma Carthaginienses cum in Africam*).

Uno de ellos, el *verbenarius*, pedía al magistrado los *sagmina*, la *verbena*, una hierba que se cultivaba cerca del Campidoglio. Después de haber obtenido el permiso de recogerla y la autorización a representar al pueblo romano, tocando la hierba con la cabeza y los cabellos, lo hacía el *pater patratus*, o sea quién tendría que jurar el *foedus*. El *pater patratus* en presencia del o los colegas, del magistrado romano y de la delegación de la otra parte, después de haber permitido un largo *carmen*, se leían las cláusulas del tratado *Leges Foederis* y se pronunciaba el juramento solemne con el cual se invocaba al pueblo romano, en caso de violación del tratado, la ira de Júpiter<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> FREZZA, *Forme Federative e la Struttura dei Rapporti Internazionali nell'Antico Diritto Romano* (SDHI, Roma, 1939, V, p.161). Ver también DE MARTINO, Op. Cit. vol. II, p. 31.

<sup>46</sup> Livio, 1.24.4; 30.43.9.

<sup>47</sup> Sobre el aspecto religioso del *foedus* ver BAYET, *Histoire Politique et Psychologique de la Religion Romaine*, Paris 1957, p. 141.

<sup>48</sup> Sobre este punto ver CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970, p. 119.

Livio, 1.24, 7-8: "*Audi..., Iuppiter, audi, pater patrate populi alban, audi tu, populus Albanus: ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum illo die, Diespiter, populum Romanum sic ferito ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quanto magis potes pollesque*".

Entonces golpeaba con una piedra de silicio al puerco destinado al sacrificio<sup>49</sup>.

Estos tratados o *foedera*<sup>50</sup> eran de dos tipos diferentes, *aequa e iniqua*<sup>51</sup>. Eran *iniqua* los *foedera* que tenían como principio fundamental el reconocimiento de la hegemonía de Roma, que se reflejaba en el empeño de respetar la majestad del pueblo romano (*maiestatem populi Romani comiter conservanto*)<sup>52</sup>. Esta cláusula hacía que las partes contrayentes no tengan una condición de paridad. Según Masi, los *socii* de Roma no tenían, en este caso, alguna autonomía en la política internacional, más bien estaban obligados a seguir la política de Roma.

Eran *foedera aequa* los *foedera* que no contenían el reconocimiento de la hegemonía de Roma. Las partes contrayentes se encontraban en condición de paridad y la alianza tenía un carácter defensivo<sup>53</sup>.

### B) Efectos

La fórmula del *ius iurandum* indica claramente que el compromiso asumido en el nombre de Júpiter, no del otro contrayente, en que el *pater patratus* es llamado como testigo y a

<sup>49</sup> De aquí que muchos deriban *foedus*, de *ferir, icere, percutere*, en el sentido de contraer un *foedus*.

<sup>50</sup> PARADISI, *Dai Foedera Iniqua alle Crisobulle Bizantine*, Excertum ex "*Studia et Documenta Historiae et Iuris*" XX, Roma 1954, p. 4 ss; Ver también LURASCHI, *Foedus ius Latii Civitas*, Padova 1979, pp. 23-137.

<sup>51</sup> LIVIO, 37.57. 7-9.

<sup>52</sup> MASI, Op. cit., 421, citando a CICERÓN (pro Balbo, 16.35).

<sup>53</sup> MASI, Op. cit., p. 421.

celebrar el sacrificio animal o la libación. De ese modo Livio habla de *Di testes, arbitri foederis*:

Livio 6.29.2 "*His utrimque animis ad Alliam ventum est. dictator Romanus, postquam in conspectu hostes erant instructi intentique, "videsne tu" inquit, "A. Semproni, loci fortuna illos fretos ad Alliam constitisse? nec illis di immortales certioris quicquam fiduciae maiorisve quod sit auxilii dederint. At tu, fretus armis animisque, concitatis equis invade mediam aciem; ego cum legionibus in turbatos trepidantesque inferam signa. adeste, di testes foederis, et expetite poenas debitas simul vobis violatis nobisque per vestrum numen deceptis." Non equitem, non peditem sustinuere Praenestini. Primo impetu ac clamore dissipati ordines sunt; dein, postquam nullo loco constabat acies,...*".

Deriva un compromiso llamado *obligatio, publicum vimculum religiones, publica religio, religiones foederum*. La *religio* no deriva del *ius iurandum* del *foedus*, sino de la *sacrosanctitas* que sólo su ratificación, en una *lex comicial* puede conferir al *foedus*. Por lo tanto el compromiso asumido por Roma no tendría otro fundamento que la *Fides* romana.

Es débil aún la posibilidad de que el *foedus* podía crear un *ius e iura*, ventajosa para los federados. Es indudable que con el tratado se fundamenta la reglamentación jurídica de las relaciones no solo políticas sino también económicas y sociales. Hay cláusulas que reconocen la *maiestas* o de cualquier modo la superioridad de los romanos; también se legitiman los efectos de los continuos pactos y de la eventual extensión de las normas romanas a los *foederati*<sup>54</sup>.

## 2. Derecho fecial de guerra

---

<sup>54</sup> BUONO-CCORE. *Los tratados en el Mundo Romano*, Revista de Estudios Jurídicos (Sección de Derecho Romano) XXV (Valparaíso, Chile, 2003), pp. 23 - 34.



### A) Declaración de guerra

La guerra<sup>55</sup>, según la concepción romana, era considerada como un verdadero procedimiento judicial que se combatía entre dos ejércitos. Los mismos criterios, las mismas expresiones que para las cuestiones de derecho privado<sup>56</sup>.

En el periodo helénico una guerra iniciada, que toma al enemigo por sorpresa fue vista como impropia y sucedía raramente. Es universalmente aceptado que tal proceso de declaración de guerra fue realizado por los feciales<sup>57</sup>. La posición de Livio sería distinta, según él el *feudus* era el tratado confirmado por los feciales.

Livio, 9.5.1 "*Consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere uictor agitare, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni.*" 1.24.3.

Según la ciencia antigua no se podía combatir un *bellum iustum et pium*, quiere decir, conforme a las reglas internacionales ni ser asistidos por la protección de los dioses, si no eran observadas en la declaración de guerra, los ritos tradicionales<sup>58</sup>.

La ceremonia de la *indictio belli*<sup>59</sup>, de la cual era parte esencial la declaración solemne del buen derecho del pueblo romano; debía en Roma estar precedida por un rito solemne en el cual uno de los feciales venia investido de la función de *pater patratus*, portavoz de la comisión enviada a cumplir la *indictio*<sup>60</sup>. El primer acto es la intimación (*clarigatio*)<sup>61</sup>, hecha por el *pater patratus*<sup>62</sup> al enemigo a restituir las cosas sustraídas o de reparar

<sup>55</sup> ILARI, *L'Interpretazione Storica del Diritto di Guerra Romano fra Tradizione Romanistica e Giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano, 1981.

<sup>56</sup> FUSINATO, Op. cit., p. 44.

<sup>57</sup> RICH, *Declaring War In Roman Republic*, Bruxelles 1976, p. 56. Ver también OLGIVE, *A Commentary on Livy Books, I-V* (1965) pp. 127-136.

<sup>58</sup> DE FRANCISCI, *Apunti e Considerazioni Bellica* (Estratto dai Rendiconti della Pontificia Academia Romana de Archeologia, V. XXVII, 1952-54, p. 193.

<sup>59</sup> DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaïque*, Paris 1966, pp. 211 - 382.

<sup>60</sup> CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Totino 1970, p. 118.

<sup>61</sup> DONADUTI, *La Clarigatio o Rerum Repetitio e l'Istituto Parallelo dell'Antica Procedura Civile Romana*, IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, Estratto dal vol. 6, Napoli 1955, pp. 31-46.

las ofensas cometidas al pueblo romano. Éste acto debía de cumplirse ad fines del enemigo. (Livio 1.32.6)<sup>63</sup>

*"Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo - lanae velamen est - "Audi, Iuppiter," inquit; "audite, fines" - cuiuscumque gentis sunt nominat; - "audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio verbisque meis fides sit." Peragit deinde postulata"; Júpiter era siempre invocado a testimoniar el acto.*

A partir de este punto recorría un periodo de treinta días<sup>64</sup> concedidos al enemigo para darle tiempo de satisfacer los pedidos del pueblo romano. Vencido el tiempo, debía acudir nuevamente a la frontera del enemigo y allí invocar, (Livio 1.32.9)<sup>65</sup>, *Iupiter, Ianus, Quirinus diique omnes coelestes, terrestres, inferni, declarar que el pueblo iniustum esse neque ius persolvere.*

En la *contestatio* sucesiva, se invocaba tanto a Júpiter como a *Ianus Quirinus* y todas las otras divinidades a ser testigos y jueces de la conducta *inequa* del adversario. Solo luego que se ha realizado esta relación entre los romanos y las divinidades que dominan los eventos y que pueden favorecer al buen éxito del conflicto, es posible llegar a la declaración de un *bellum iustum ac pium*.

Luego de la solemne *contestatio*, le toca al senado deliberar si se debería declarar la guerra. Si el senado se decidía por la guerra, el *pater patratus* debía nuevamente dirigirse a la frontera enemiga con una lancha de fiero, o con un asta de madera con la punta endurecida en el fuego (muestra de lo primitivo del rito), manchada con sangre, y luego de una solemne declaración (*clarigatio*) de guerra, debía para iniciar la hostilidad, lanzarla al

---

ALBERT, *Bellum Iustum*, Frankfurt 1980, pp. 12-16.

<sup>62</sup> CICERÓN, *De Off.* I, II, 36.

<sup>63</sup> Sobre este punto ver también DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaïque*, Paris 1966, pp. 101-103.

<sup>64</sup> PIERANTONI, Op. cit., p. 295.

<sup>65</sup> (*Si non deduntur quos exposcit diebus tribus et triginta - tot enim sollemnes sunt - peractis bellum ita indicit*).

territorio enemigo<sup>66</sup>. El tirar la lanza en el territorio enemigo era un acto concreto y unívoco del inicio de las hostilidades.

Luego de la guerra viene la *deditio*, un instituto del derecho de guerra antiguo de los pueblos itálicos, el cual sirvió para la conquista y la construcción de un dominio mundial.

Roma utilizó a las fuerzas vencidas y respetó su autonomía, disciplinada y puesta en armonía con las exigencias generales. El efecto capital de la *deditio* es aquel de hacer cesar la acción de guerra. La violencia del ejército vencedor se transformaba en la *potestas* adquirida por el pueblo vencedor, sub entrando el derecho del vencido a su arbitrio, cuando la *deditio* se completaba<sup>67</sup>.

La guerra, en la concepción jurídica religiosa romana se presenta siempre como una rotura de la pacífica naturalidad de las relaciones entre los pueblos<sup>68</sup>.

### *B) Teoría de la hostilidad natural*

La idea común entre los históricos modernos y expresada en modo incisivo por *Mommsen* es que la condición originaria de las relaciones entre los pueblos, entonces también entre la federación latina y las otras nacionalidades, era aquella de la enemistad, de la guerra<sup>69</sup>. Más allá de los límites de la nación latina no existirían ni derechos, ni paz ni propiedad, ni para Roma, ni para los extranjeros. El habitante de aquel territorio, el extranjero, es un *hostis*; el fundamento jurídico del derecho internacional moderno, eso es la coexistencia de diversas naciones con el reconocimiento recíproco en su derecho público de la igualdad jurídica y de la plena autonomía, sería inconciliable con los principios romanos. Como prueba de esta opinión se aduce a la prisión de guerra, que

---

<sup>66</sup> DE FRANCISCI, Op. cit., p. 195.

<sup>67</sup> PARADISI, *Deditio in Fidem*, Milano 1941.

PUGLIESE, *Spunti sulla Deditio dell'Accusato di Illeciti Internazionali*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Vol. XVIII della serie III, Milano 1974.

<sup>68</sup> SINI, *Bellum Nefandum*, Sassari 1991, p. 27.

<sup>69</sup> GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Livio*, Modena 1954, p. 11.

venía concebida en modo extremadamente riguroso, y el carácter de los primeros tratados que Roma estipuló con las ciudades etruscas<sup>70</sup>.

El estado de guerra, jurídicamente existente sólo con los extranjeros de diversa nacionalidad, venía formalmente compuesto mediante una tregua concluida por un cierto término y renovada a su vencimiento, ésta tenía principalmente el fin de regular el comercio. En tal modo el extranjero de *hostis* se habría transformado en persona, que gozaba del derecho de hospitalidad, con privilegios particulares establecidos a su favor en el comercio y con una disciplina jurídica del procedimiento<sup>71</sup>. Al estado natural de guerra sub entró un vínculo internacional de *hospitium*, del cual derivaría el *foedus*. Tal concepción se funda sobre la idea de que el estado natural es el de la guerra, mientras el curso de la civilización conduciría al establecimiento de relaciones de amistad y al final a un verdadero derecho internacional.

De Martino sostiene lo contrario, señalando que no es posible diseñar en modo esquemático el estado de las relaciones internacionales en la edad precedente a la formación de las comunidades ciudadanas y de la sociedad dividida por clases. Ya los iluministas habían señalado su concepción del estado natural, que entre los hombres no existía ni guerra ni paz, sino indiferencia recíproca<sup>72</sup>.

Teorías sobre la ausencia de derechos para los extranjeros y la hostilidad permanente, las cuales condiciones primordiales entre los pueblos, de esto se deduce que la guerra y no la paz sería el estado natural de las relaciones internacionales<sup>73</sup>, a menos

---

<sup>70</sup> DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli 1973, vol. II, p. 13.

<sup>71</sup> DE MARTINO, Op. cit., p. 14; Ver también a BONA, *Post Liminium in Pace*, Excerptum ex "*Studia et Documenta Historiae et Iuris*"XX, Roma 1955, p. 260.

<sup>72</sup> DE MARTINO, Op. cit., p. 14, citando a ROUSSEAU, *Contrat Social*, I y V; PARADISI, *L'Amitié Internationale Les Phases Critiques de son Ancienne Histoire*, Academia de Droit International, Paris 1951, p. 347.

<sup>73</sup> SINI, Op. cit., p. 30.

que no intervengan de vez en vez la estipulación de los tratados, o la existencia de una comunidad de raza.

## **VI. ANALOGÍA ENTRE EL IUS FECIAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL**

En esta parte del trabajo trataremos de analizar si el derecho creado por los feciales constituía derecho Internacional<sup>74</sup> o si solamente constituía un derecho Sobre nacional<sup>75</sup> romano usado para relacionarse con los pueblos extranjeros<sup>76</sup>.

Tenemos que ver primeramente que la denominación de derecho Internacional es reciente. En la edad moderna se llamó Ius Belli con Alberigo Gentili, ius Belli ac Pacis con Grotio<sup>77</sup>, Ius Inter Gentes con Zouch, luego con Bentham se le dio el nombre de Derecho Internacional<sup>78</sup>.

Puesto que la generación de relaciones entre dos sujetos denota la pertenencia de ambos a la misma comunidad, relativamente a los actos del pueblo romano que ponía en práctica, aplicando los institutos de derecho público externo, con pueblos extranjeros atribuyéndoles eficacia jurídica vinculante<sup>79</sup>, se prospectan como posibles dos hipótesis: éstos actos se desarrollaban en el ámbito de la comunidad interna de Roma o en el campo de la comunidad internacional.

No obstante la conservación de una autonomía, como potestad de darse un ordenamiento, a las comunidades absorbidas en la Urbe romana y regidas por estatutos municipales, las relaciones de estas comunidades con Roma son de derecho interno y no internacional. Pero cuando las relaciones *intercorren* entre grupos políticos en los cuales la autonomía es el

---

<sup>74</sup> Ver BAVIERA, *Il Diritto Internazionale dei Romani*, Modena 1898, p. 6.

<sup>75</sup> Sostenedores de ésta tesis, CATALANO, Fabbrini etc.

<sup>76</sup> CATALANO, *Diritto e Persone*, Giappichelli, Torino 1990.

<sup>77</sup> GROTIUS, *Ugo Grotio e la Tradizione Storica del Diritto Internazionale*, Edit. Scientifica, Napoli 1975.

<sup>78</sup> BAVIERA, Op. cit., p. 15.

<sup>79</sup> GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Tito Livio*, Modena 1954, p. 6.

aspecto de un atributo más amplio y comprensivo que es la soberanía:

D. 49.15.17.1 (Proc. 8 epist.): *Liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus: sive is foederatus est item, sive aequo foedere in amicitiam venit sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret. Hoc enim adicitur, ut intellegatur alterum populum superiorem esse, non ut intellegatur alterum non esse liberum: et quemadmodum clientes nostros intellegimus liberus esse etiam si neque auctoritate neque dignitate neque viri boni nobis praesunt, sic eos, qui maiestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intellegendum est.*

Estas relaciones no pueden considerarse de derecho interno. Tampoco internacionales para aquella comunidad victoriosa que impuso su política en el egocentrismo y sobre la expansión de la conquista militar<sup>80</sup>.

Se dan como razones que no existió derecho internacional en la antigüedad clásica las siguientes: Los antiguos griegos y romanos no podían conocer el derecho internacional ni público ni privado. Porque para que exista un derecho que regule las relaciones entre las naciones, y la de los individuos pertenecientes a ésta, es necesario que venga reconocida la unidad del género humano<sup>81</sup>, que exista entre los estados un vínculo jurídico y que éstos comprendan que poseen derechos y deberes recíprocos<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> GANDOLFI, Op. cit., p. 7.

<sup>81</sup> Posición contraria la de PARADISI, *L'Amicitie Internationale les Phases Critiques de son Ancienne Histoire*, Extrait du *Recueil des Cours*, Recueil Sirey, Paris 1951, p. 333. Donde señala "les hommes modernes sont désormais habitués à considérer l'ordre juridique international comme quelque chose d'unique et d'universel. Mais cette universalité et cette unicité ne sont pas des caractéristiques dont le droit international ne puisse se passer pour affirmer son existence. Elles sont au contraire le résultat d'un long processus historique qui a eu pour base la construction juridique de l'Empire romain et pour force d'expansion le christianisme.

<sup>82</sup> LAURENT, *Droit Civil International*, vol. I, p.16, vol. III, p.12; sobre este tema ver también CATALANO, *Diritto e Persone*, Torino 1990, p. 5.

Cuando la fuerza es el único ligamen internacional y la guerra el estado natural de los pueblos<sup>83</sup>; cuando en el Código de las XII Tablas bárbara, inhumana y cruel, está la disposición que *adversus hostem aeterna auctoritas*, éste y el extranjero se consideran como enemigo y la esclavitud bélica rige como una institución *floridísima*, en éste contexto no puede existir derecho internacional público ni privado<sup>84</sup>.

En la antigüedad el extranjero era objeto de ocupación como *res nullius*: el *servare imperium majestemque populi romani* era el solo derecho que la urbe imponía a los otros pueblos vencidos y subyugados en cruentas guerras. Pero éstos argumentos deben de ser confrontados con Livio y Cicerón<sup>85</sup> donde señalan que para declarar la guerra ésta debía de ser reconocida como justa, *iustum piunque bellum*, ésta condición era indispensable, ésta justicia se refiere a las ceremonias religiosas a cumplirse para la declaración de la guerra, sin estas formalidades la guerra era injusta<sup>86</sup>.

Tampoco observaron la conclusión de los *foedera*, que los Romanos concluían con los pueblos vecinos, con un lujo de maravillosos particulares, de los cuales emerge claramente su carácter de obligatoriedad jurídica. Laurent trata de destruir el derecho internacional antiguo diciendo que, los *foedera* no eran tratados, más bien, treguas (*trêves*) expresión sincera de un estado de guerra permanente que admitía las treguas más no la paz<sup>87</sup>.

Algunos critican el carácter internacional de los feciales, señalando que su fundamento es exclusivamente religioso como aquel de los *pontifices*<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> sobre la teoría de la hostilidad natural ver MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, Berlin 1864, pp.326 ss.; DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, II, Napoli 1960, p. 12.

<sup>84</sup> BAVIERA, Op. cit. p. 8.

<sup>85</sup> LIVIO, IX, 8; XXXIX, 36; Ciceron, *De Rep*, II, 17.

<sup>86</sup> BOSSUET, *Discours sur l'Histoire Universelle* (3.a part., VI).

<sup>87</sup> FUSINATO, Op. cit., p. 103.

<sup>88</sup> FUSINATO. *Dei Feziali*, p. 26  
FUSINATO, *Dei Feziali*, pp.110-123

Otro argumento también señalado por *Fusinato* es que las relaciones jurídicas no pueden ser internacionales, porque no se fundan en el consentimiento expreso o tácito de las naciones, sino solamente de una fracción del derecho nacional propio de los Romanos de frente al extranjero<sup>89</sup>.

Otros como *Gianturco* señalan que el derecho romano por su naturaleza invasivo y egoísta del Estado, no ve ni siquiera el concepto de comunidad de naciones<sup>90</sup>. El reconocimiento de la existencia de un derecho internacional en la antigüedad encontró por mucho tiempo una fuerte resistencia por parte de los que confundían el derecho internacional con su desarrollo científico, que es cierto una prerrogativa del pensamiento moderno, o pedían por eso la existencia de un orden internacional universal que no lograban a ver en el mundo antiguo<sup>91</sup>.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, *Bellum Iustum*, Frankfurt 1980.
- BAYET, *Histoire Politique et Psychologique de la Religion Romain*, Paris 1957.
- BAVIERA, *II Diritto Internazionale dei Romani*, Modena 1898.
- BAVIERA, *I Feziali e il Diritto Feziale*, Milano, 1898.
- BONA, *Post Liminium in Pace, Excertum ex "Studia et Documenta Historiae et Iuris" XX*, Roma 1955.

---

<sup>89</sup> WHEATON, *Historie du progrès de droit des gens*, p. 23; FUSINATO, *Dei Feziali*, p. 12,13 .

<sup>90</sup> GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile*, p. 52.

<sup>91</sup> PARADISI, *Impostazione Dogmatica e Ricostruzione Storica del Diritto Internazionale Più Antico*, Milano 1951, p. 6.



- BUONO-CCORE, *Los tratados en el Mundo Romano*, Revista de Estudios Jurídicos (Sección de Derecho Romano) XXV (Valparaiso, Chile, 2003).
- CATALANO, *Diritto e Persone*, Giappichelli, Torino 1990.
- CATALANO, *Linee del Sistema Sovrannazionale Romano*, Torino 1965.
- CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1970.
- CICERON, *De Rep.*, 2.17.31.
- DE FRANCISCI, *Apunti e Considerazioni Bellica*, Estratto dai Rendiconti della Pontificia Academia Romana de Arqueología, V. XXVII, 1952-54.
- DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, Napoli 1973.
- DE VITA p. R. II apud Numinium s. V. Fetiales.
- DONADUTI, *La Clarigatio o Rerum Repetitio e l' Istituto Parallelo dell' Antica Procedura Civile Romana*, IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, Estratto dal vol. 6, Napoli 1955.
- DUMEZIL, *La Religion Romaine Archaique*, Paris 1966.
- FABBRINI, *Impero di Augusto come Ordinamento Internazionale*, Milano 1974.
- FERRARI, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII.
- FREZZA, *Forme Federative e la Struttura dei Rapporti*

*Internazionali nell'Antico Diritto Romano* (SDHI, Roma, 1939, V, p.161 ss).

- FUSINATO, *Dei Fetiali e del Diritto Feziale*, Roma 1884.
- GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Tito Livio*, Modena 1954.
- GANDOLFI, *Spunti di Diritto Internazionale in Livio*, Modena 1954.
- GROTIUS, *Ugo Grotio e la Tradizione Storica del Diritto Internazionale*, Edit. Scientifica, Napoli 1975.
- ILARI, *L'Interpretazione Storica del Diritto di Guerra Romano fra Tradizione Romanistica e Giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano, 1981.
- LURASCHI, *Foedus ius Latii Civitas*, Padova 1979; LIVIO, 37.57. 7-9.
- LAURENT, *Droit Civil International*, vol. I, p.16, vol. III.
- MASI, *Foedus*, Estratto del Novissimo Digesto Italiano, V. VII.
- MOMMSEN, *Rom. I Forschungen*.
- MENDEZ CHANG, *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*, Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario, Universidad de Veracruz, México 2000.
- OLGIVE, *A Commentary on Livy Books*, I-V (1965).
- PARADISI, *Dai Foedera Iniqua alle Crisobulle Bizantine*,

*Excertum ex "Studia et Documenta Historiae et Iuris"*  
XX, Roma 1954.

- PARADISI, *Deditio in Fidem*, Milano 1941.
- PARADISI, *L 'Amitié Internationale Les Phases. Critiques de son Ancienne Histoire*, Academia de Droit International, Paris 1951.
- PIERANTONI, *Trattato di Diritto Internazionale*, Roma 1881.
- PUGLIESE, *Spunti sulla Deditio dell 'Accusato di Illeciti Internazionali*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Vol. XVIII della serie III, Milano 1974.
- RICH, *Declaring War In Roman Republic*, Bruxelles 1976.
- SINI, *Bellum Nefandum*, Sassari 1991.
- VARRONE, *De Lingua Latina* V, 15.
- ZOCCO-ROSA, *Fetialum Collegii Compositione, Ex Typis Martinentii*, Catanae 1887.
- W. N. LINDSAY, *Nonius Marcellus' Dictionary of Republican Latin*, 529. 17.
- TÄUBLER, *Imperium Romanum*.
- WHEATON, *Historie du progrès de droit des gens*; GIANTURCO, *Sistema di Diritto Civile*; PARADISI, *Impostazione Dogmatica e Ricostruzione Storica del Diritto Internazionale Più Antico*, Milano 1951.

**\* Catedrático de Derecho Romano, Derecho Comparado, Derecho Internacional Privado. Doctor en Derecho. Magister Ricercatore (Consiglio Nazionale delle Ricerche), Corso di Alta Formazione in Diritto Romano, Università di Roma La Sapienza 2005; Legal International Researcher (Wake Forest University). Magister en Derecho Americano (Wake Forest University); Master en Diritto Privato Europeo (Università di Roma La Sapienza). Abogado y Bachiller (USMP).**