

La guerra ante la fragmentación del derecho internacional

Interacciones, intercambios,
interferencias

La guerra ante la fragmentación del derecho internacional

Interacciones, intercambios,
interferencias

Emiliano J. Buis
Natalia M. Luterstein
(editores)

Agostina N. Cichero
Leandro A. Dias
Sabrina Frydman
Matías González
Ezequiel Heffes
Marcos D. Kotlik
Magdalena Legris
Benjamín Mauro Velázquez
Paula Scianca Luxen
Emiliano Senes
Alan Vogelfanger

Colección
Serie Académica
∞ SEMPITHIDIA ∞
[Volumen I]

Buenos Aires
—2016—

La guerra ante la fragmentación del derecho internacional : interacciones, intercambios, interferencias / Emiliano Jerónimo Buis ... [et al.] ; editado por Emiliano Jerónimo Buis ; Natalia M. Luterstein. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: E. J. Buis, 2016.
Libro digital, DOC - (Académica Sempithidia / Buis, Emiliano Jerónimo; 1)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-42-3207-6

1. Derecho Internacional Público. 2. Protección Internacional de los Derechos Humanos. 3. Derecho de la Guerra. I. Buis, Emiliano Jerónimo II. Buis, Emiliano Jerónimo, ed. III. Luterstein, Natalia M., ed.
CDD 341

© Emiliano J. Buis

Las opiniones expresadas en los capítulos que integran este libro son aquellas personales de las/os autores y no se corresponden necesariamente con aquellas de las instituciones académicas o profesionales en las que las/os autoras/os se desempeñan.

Colección Serie Académica SEMPITHIDIA (Vol. I)
Director de la Colección: Emiliano J. Buis (ebuis@derecho.uba.ar)

ISBN 978-987-42-3207-6

Imagen de portada:

Detalle de Mapa del Mundo, Gerard van Schagen, Amsterdam (1689) [dominio público].

Indice

Prefacio	3-5
<i>Los editores</i>	
Una introducción a la regulación difusa de la guerra en el derecho internacional: alcances políticos de una silenciosa fragmentación legislativa	6-33
<i>Emiliano J. BUIS</i>	
Repensando el <i>ius ad bellum</i> y el <i>ius in bello</i> : hacia un estudio de su relación en el contexto de un derecho internacional fragmentado	34-45
<i>Magdalena LEGRIS</i>	
El viejo equilibrio: una aproximación discursiva al uso de las armas nucleares y la fragmentación	46-55
<i>Benjamín MAURO VELÁZQUEZ</i>	
¿Cuándo el fin justifica los medios? La (in)definición de la necesidad militar y su relación con el estado de necesidad a la luz de la fragmentación del derecho internacional	56-70
<i>Agostina N. CICHERO</i>	
Grupos armados desfragmentados: la relativización del DIH como régimen autónomo y la búsqueda de visiones alternativas	71-91
<i>Marcos D. KOTLIK — Ezequiel HEFFES</i>	
Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental, una relación todavía verde	92-107
<i>Alan VOGELFANGER</i>	
La reproducción de estereotipos en el derecho internacional humanitario. Crítica desde una perspectiva de género	108-123
<i>Sabrina FRYDMAN — Paula SCLANCA LUXEN</i>	
¿Una casa tomada?: un análisis de las fuentes del derecho internacional penal y su relación con el derecho internacional público	124-144
<i>Natalia M. LUTERSTEIN</i>	
Participación activa en las hostilidades según la Corte Penal Internacional: consecuencias problemáticas de un derecho internacional fragmentado	145-166
<i>Leandro Alberto DIAS</i>	
Inmunidad de jurisdicción, derechos humanos y reparaciones: hacia una interpretación sistémica de la soberanía estatal en relación con los derechos de las víctimas de crímenes de guerra	167-180
<i>Emiliano SENES — Matías GONZÁLEZ</i>	

Prefacio

Este libro reúne los trabajos elaborados en el marco del proyecto colectivo DECYT “¿Más allá del *ius in bello*? La regulación de los conflictos armados en la historia del *ius gentium* y los límites del DIH como régimen autónomo frente a las otras ramas de un derecho internacional público ‘fragmentado’”, acreditado y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante el bienio 2012-2014, dirigido por el Prof. Emiliano J. Buis y co-dirigido por la Prof. Natalia M. Luterstein.

El proyecto, integrado por docentes y estudiantes de la UBA, se ocupó primero de conceptualizar, de modo teórico y práctico, la noción de “fragmentación” del derecho internacional, examinando sus características, modalidades y tipos, a los efectos de estudiar sus implicancias en las normas vigentes. En segundo lugar, se procuró aplicar ese marco conceptual para comprender la regulación actual de los conflictos armados; con ello se pretendió dar cuenta de las disposiciones contenidas al respecto en distintos regímenes autónomos para poder debatir las superposiciones, coincidencias y posibles contradicciones o colisiones.

Una revisión bibliográfica inicial ha permitido constatar la casi inexistencia de trabajos genéricos que postulen la problemática teórica y práctica vinculada con las consecuencias y condicionamientos que los conflictos armados plantean y suponen para la regulación de las relaciones entre los Estados o sujetos del derecho internacional. La originalidad de la perspectiva de análisis que aquí se asienta consiste en la propuesta de explorar el estudio de la fragmentación desde un enfoque novedoso que va más allá de la cuestión general o de la relación particular que pueden darse entre dos ramas específicas del derecho de gentes. Desde esa perspectiva, esta investigación se propuso realizar un análisis acerca de la existencia de los llamados “regímenes autónomos”, su relación con el derecho internacional general y su impacto sobre el contenido de las normas aplicables a los conflictos armados.

En el trabajo introductorio, **Emiliano J. Buis** se encarga de presentar teóricamente el problema de la fragmentación y la guerra al analizar el silencio producido, tanto por la Comisión de Derecho Internacional cuanto por la doctrina, en torno de la fragmentación “legislativa”. A diferencia de lo que ocurre con la fragmentación sustantiva y la institucional, no se reconoce la proliferación de instancias de creación normativa como un fenómeno problemático, lo que se explica a la luz de una lectura política de la labor del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Trabajando la relación entre el uso de fuerza y el derecho internacional humanitario (DIH), **Magdalena Legris** sostiene que, si bien esa división (*ius ad bellum / ius in bello*) resulta beneficiosa desde un punto de vista humanitario a los efectos de otorgar una mayor protección, lo cierto es que histórica y jurídicamente la relación ha sido, en realidad, de subordinación y no de independencia. En este sentido, entiende que la fragmentación del derecho internacional se presentaría como un fenómeno favorable a estos regímenes, ya que los Estados son responsables por la violación a las disposiciones de cada uno, en forma independiente, no pudiendo ampararse en la

conformidad de sus acciones respecto de uno para justificar su incumplimiento en relación con el otro.

Sobre la base del mismo cruce entre el DIH y las normas aplicables al empleo de la fuerza, **Benjamín Mauro Velázquez** toma como caso de estudio la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares emitida por la Corte Internacional de Justicia el 8 de julio de 1996. Su texto propone un análisis del discurso a través de las relaciones de poder que lo componen, analizando los nexos entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello* y afirmando que en esa narrativa se consolida un cambio normativo que impide el uso de armas nucleares aun en el caso en que se ponga en riesgo la existencia de un Estado.

Agostina N. Cichero, por su parte, se ocupa de indagar en los diálogos que se dan entre las distintas ramas del derecho internacional y entre sus tribunales para afirmar que las ambigüedades propias de la noción de necesidad militar —tal como se encuentra formulada en el derecho internacional humanitario— son salvadas por jueces y doctrinarios mediante la interpretación analógica con el concepto de estado de necesidad.

También trabajando de lleno con las particularidades de las normas aplicables a los casos de conflictos armados, **Marcos D. Kotlik** y **Ezequiel Heffes** analizan la interdependencia entre diferentes regímenes del derecho internacional —en particular, el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)— poniendo el foco sobre la categoría “grupo armado”. En su contribución sostienen que el primero no es un régimen autónomo, afirmando que el derecho internacional resulta un sistema que debe ser interpretado armónicamente, en el que la protección de la persona —que se encuentra en el centro del DIDH, del *ius ad bellum* y del DIH— no debe ser fragmentada.

El capítulo a cargo de **Alan Vogelfanger** examina, en el marco de un derecho internacional fragmentado, la relación entre el DIH y el derecho internacional ambiental y propone cómo se pueden armonizar ambos regímenes. Sostiene que las normas del DIH son pocas e inefectivas para proteger el medio ambiente y, por ello, cuestiona que en tiempo de conflicto armado siempre deba prevalecer esta rama; para asegurar un mejor impacto se debe aplicar, en su lugar, una relación de convergencia y de complementariedad con el derecho internacional ambiental.

Interesadas en los estudios de género aplicados al debate sobre el derecho internacional, **Sabrina Frydman** y **Paula Scianca Luxen** buscan replantear algunos abordajes desde un enfoque crítico. En este sentido, señalan que mientras el DIDH y el derecho internacional penal (DIPE) han desarrollado institutos que visibilizan la situación de las mujeres y niñas, ello aún no ha tenido lugar con tanta claridad en el seno del DIH. En consecuencia, el trabajo pone de manifiesto estas deficiencias a los efectos de delinear las bases de un *ius in bello* capaz de tutelar la perspectiva de género.

Pasando al tema de la responsabilidad, el trabajo de **Natalia M. Luterstein** reflexiona, en clave de fragmentación, acerca del impacto de la interpretación y aplicación del sistema de fuentes de la Corte Penal Internacional, previsto en el artículo 21 del Estatuto de Roma, en relación con la teoría general de las fuentes del derecho internacional público. Afirma que, si bien el artículo 21 confirma la relación entre el DIPE y el derecho internacional general, las diferencias existentes entre ambos sistemas de fuentes dan cuenta de la necesidad de encontrar un sistema que responda más adecuadamente a las características propias del primero, ya que resultaría difícil importar

sin más nociones de un derecho basado en el principio de autonomía soberana de los Estados a un derecho que, si bien no los excluye, se enfoca mayormente en otro sujeto: los individuos.

También interesado en el funcionamiento de la justicia internacional, **Leandro Alberto Dias** indaga en los alcances de las expresiones “participación directa” y “participación activa” en las hostilidades que suelen manejarse en el DIH, comparándolos con las posiciones expuestas en los casos “Lubanga Dyilo” y “Katanga”, resueltos por la Corte Penal Internacional. Ello le permite sostener que el significado asignado al término “participación activa” en las hostilidades por la Corte Penal Internacional resulta problemático, en tanto se aparta del DIH y provoca una mayor situación de indefensión en las víctimas, violando la regla de interpretación *pro reo* en caso de duda. En consecuencia, el trabajo ofrece una interpretación alternativa, que no distingue entre participación directa y activa en las hostilidades, sino que incluye un concepto unitario que considera ambos términos como sinónimos.

Finalmente, **Emiliano Senes** y **Matías González** se dedican a analizar la capacidad de las víctimas de crímenes de guerra para reclamar reparaciones por daños sufridos en el contexto de los conflictos armados internacionales, examinando la tensión que se entre el derecho consuetudinario a la inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a los tribunales internos de Estados extranjeros, por un lado, y el derecho humano de los individuos a obtener una reparación, por el otro. Se propone una visión alternativa que tome en cuenta el desarrollo del concepto y del discurso de los derechos humanos que genera que todos los operadores del derecho internacional deban repensar un nuevo balance entre el resguardo de la soberanía y la comisión de crímenes masivos contra seres humanos.

Resta señalar que este libro —pensado en un formato electrónico para su difusión sin fines de lucro— se presenta como el primero de la Colección *Serie Académica SEMPITHIDIA*, elaborada y producida en el marco del Seminario Permanente de Teoría e Historia del Derecho Internacional de la Antigüedad a la Actualidad creado en 2013 en el Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la UBA. Esta Colección que aquí se inaugura nace con el objetivo de dar a conocer del modo más abierto, amplio y democrático posible una serie de estudios monográficos e investigaciones sobre distintos aspectos históricos y actuales del derecho internacional. Quienes confiamos en esta Colección como un nuevo espacio de comunicación intelectual estamos convencidos de que sólo a través de la amplificación de los impactos de estos trabajos académicos es posible contribuir al desarrollo de un sistema jurídico como el derecho internacional, que necesita hoy ser re-estudiado, revisado y reformulado para cumplir con el fin de alcanzar la paz y promover el orden social como valores universales.

En nombre de todos los que contribuimos en este libro agradecemos de modo muy especial a las autoridades de la Facultad de Derecho por confiar en la factibilidad y utilidad del proyecto.

Los editores

Una introducción a la regulación difusa de la guerra en el derecho internacional: alcances políticos de una silenciosa fragmentación legislativa

Emiliano J. Buis

1. El punto de partida: las limitaciones a la hora de regular los conflictos armados¹

El fenómeno de la guerra ha sido objeto de regulaciones jurídicas desde tiempos remotos,² aunque suele reconocerse de modo teórico que ha sido recién durante los últimos dos siglos que el conjunto de normas jurídicas que conocemos como derecho internacional humanitario (DIH) se transformó en una rama del derecho internacional público (DIP) con cierta autonomía.³

El DIH ha servido como una suerte de tejido normativo que fue confeccionado y sistematizado para envolver y cubrir jurídicamente las situaciones bélicas, adaptándose a las nuevas circunstancias que la realidad fue dando a conocer.⁴ Así, en los últimos años la comunidad internacional ha visto surgir y crecer nuevos tipos de conflictos armados que difieren de las guerras tradicionales de los siglos pasados. La diferencia desde un punto de vista jurídico está dada por el campo de aplicación de las normas que regulan estas situaciones; en efecto, no sólo se advierte que la guerra ha sido objeto de una continua regulación, sino que incluso su propio concepto ha sido definido de modo progresivo en el derecho internacional. Durante el tiempo en el que el *ius ad bellum* estaba permitido, una guerra se consideraba iniciada por el acto formal de declaración de guerra o el reconocimiento de beligerancia entre dos o más naciones. La guerra era la confrontación de las fuerzas armadas de Estados soberanos o el choque armado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados dentro de un mismo territorio estatal.⁵

¹ Este capítulo está pensando como introducción conceptual al volumen. Es por eso que, sin profundizar en muchas de las cuestiones específicas y problemas centrales, nos interesa ofrecer una visión de las principales discusiones teóricas por las que navegan las contribuciones de los integrantes del proyecto y la presentación del marco bibliográfico propio del estado de la cuestión.

² Me he ocupado de examinar sus orígenes en el contexto del mundo griego clásico en BUIS (2015).

³ Nos referimos en particular a la década de 1860, que ha visto los primeros instrumentos jurídicos (como el llamado Código Lieber, la primera Convención de Ginebra y la Declaración de San Petersburgo), así como la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja. Cf. BUIRETTE y LAGRANGE (2008: 8-12).

⁴ Acerca de la función del DIH, que más adelante detallaremos, puede consultarse una multiplicidad de estudios y monografías. Cf. DAVID (1999), DINSTEIN (2004), FLECK (2007), HENCKAERTS y DOSWALD-BECK (2005), KALSHOVEN y ZEGVELD (2003), KOLB y HYDE (2008), PICTET (1952, 1983), SASSÓLI y BOUVIER (1999). En el ámbito latinoamericano merecen destacarse los trabajos de SALMÓN (2013), DAL MASO JARDIM (2006) y GUTIÉRREZ POSSE (2014).

⁵ Lo que, en términos generales, se define, respectivamente, como “guerra entre Estados” y “guerra civil”.

A partir de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,⁶ se justifica la utilización del concepto de “conflicto armado” en lugar del de “guerra”, ya que resulta más amplio y adecuado para comprender situaciones fácticas que no podrían ajustarse al concepto tradicional de guerra.⁷ Con posterioridad, el primer Protocolo Adicional de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra⁸ incorporó a la definición de conflictos internacionales todas aquellas luchas de liberación nacional de los pueblos contra una dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas (art. 1.4); el segundo Protocolo Adicional de 1977,⁹ por su parte, complementó y desarrolló el concepto de conflicto armado no internacional plasmado en el artículo 3 común a las cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (art. 1.1).

En estos términos, corresponde recordar —como punto de partida— que todos los conflictos armados (ya sea internacionales o no internacionales) se hallan hoy regulados por dos sub-ramas diferenciadas pero interdependientes del DIH: por un lado, el llamado Derecho de Ginebra, es decir, el derecho humanitario *sensu stricto*, cuyo objetivo es la protección de las personas que no participan (o ya no participan) de los combates, así como la tutela de aquellos bienes indispensables para la supervivencia de la población civil o involucrados en un conflicto armado sin ser utilizados con fines militares; por el otro, el Derecho de la Haya, o sea el derecho de la guerra *lato sensu*, que limita el derecho de las partes en un conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en el teatro de operaciones.¹⁰

Es evidente que la facultad que tienen los participantes en un conflicto armado para determinar los modos en que llevarán a cabo el manejo de las hostilidades no es irrestricta. Siguiendo el principio de limitación de los medios y métodos de combate, las reglas fundamentales que deben ser respetadas por aquellas personas que intervienen directamente en un enfrentamiento armado incluyen, esencialmente, la obligación de distinguir siempre entre la población civil y los combatientes¹¹ —así como entre bienes civiles y objetivos militares—,¹² la prohibición de realizar ataques indiscriminados,¹³ el deber de evitar o reducir al máximo la comisión de daños colaterales que afecten a la

⁶ Estos son el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-I), 75 U.N.T.S. 31, en vigor desde el 21-X-1950; el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-II), 75 U.N.T.S. 85, en vigor desde el 21-X-1950; el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-III), 75 U.N.T.S. 135, en vigor desde el 21 de octubre de 1950; y, finalmente, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-IV), 75 U.N.T.S. 287, en vigor desde el 21-VIII-1950.

⁷ El artículo 2 común a los cuatro CG establece que “...*el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra....*”.

⁸ Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PA-I), 1125 U.N.T.S. 3, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978.

⁹ Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y el relacionado con la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales (en adelante, PA-II), 1125 U.N.T.S. 609, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978.

¹⁰ Art. 35, PA-I.

¹¹ Art. 48, PA-I.

¹² Art. 48, PA-I.

¹³ Art. 51, PA-I.

población civil¹⁴ y, por último, la obligación de tomar las medidas adecuadas de precaución en todo ataque.¹⁵ En términos específicos, en cuanto a los medios de combate, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra regula, de manera muy precisa, que los Estados que son Parte en un conflicto armado internacional no pueden emplear aquellas armas que causen (o se espere que puedan causar) daños superfluos o sufrimientos innecesarios, por considerar que su uso es violatorio del principio fundamental de proporcionalidad.

Como se percibe, entonces, el DIH incluye una serie de normas genéricas en materia de conflictos armados, en la medida en que sus disposiciones brindan una protección adecuada a quienes no participan de las hostilidades al evitar que puedan ser objeto de ataque; por otra parte, contra los combatientes (que podrían ser atacados) no será lícito emplear armas que claramente resulten desproporcionadas en sus efectos en relación al objetivo militar buscado, que no es destruir al enemigo sino simplemente neutralizar su acción o dejarlo fuera de combate.

A pesar del claro contenido de sus disposiciones, es preciso señalar que, más allá de las críticas tradicionales, el DIH tiene limitaciones que ponen en tela de juicio su consideración como rama autónoma y, en muchos casos, debe ser leído a la luz de otras ramas del DIP que regulan también —aunque de modo indirecto quizás— situaciones de conflictos armados. Y no nos referimos tan sólo a la tradicional distinción entre el DIH y el llamado *ius ad bellum*, distinción que consiste claramente en diferenciar las normas aplicables a los conflictos (con independencia de las causas o de sus orígenes) que integran el DIH de aquellas otras normas que en el derecho internacional autorizan excepcionalmente el uso de fuerza que se encuentra por principio prohibido en la Carta de las Naciones Unidas.¹⁶ Hacemos alusión también a los profusos cruces que el DIH ha generado con aquellos otros ámbitos regulatorios que, en cierta medida, algo tienen para decir respecto de la guerra y sus consecuencias, tales como el derecho internacional de los derechos humanos,¹⁷ el derecho internacional penal,¹⁸ el derecho internacional de los refugiados,¹⁹ el derecho del mar²⁰ o el derecho de las inversiones,²¹ para poner simplemente algunos ejemplos. Esta constatación permite concebir, por un lado, que existen reglas de DIH que difícilmente podrían aplicarse de forma adecuada sin recurrir, de modo integrador, a esas otras ramas de la disciplina; por el otro, que muchas veces estas ramas requieren ser interpretadas a partir de su interacción con el DIH. En otras palabras, luego de transitar un proceso de codificación, parece evidente que —a pesar de su indiscutida condición de rama especializada del DIP— el DIH tiene limitaciones que, en términos filosóficos, terminan poniendo en tela de juicio su consideración como rama autónoma.

¹⁴ Art. 57.2.a. ii y iii, PA-I.

¹⁵ Art. 57.2.a, b y c, PA-I.

¹⁶ KOOIJMANS (2004), OKIMOTO (2011). La distinción entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello* recorre toda la doctrina sobre el tema. En este libro, por ejemplo, véanse los capítulos de LEGRIS y MAURO VELÁZQUEZ.

¹⁷ PROVOST (2002); CRYER (2009); MILANOVIC (2009).

¹⁸ CASSESE (1998); GUTIÉRREZ POSSE (2002); KNUT (2004); OBERG (2009).

¹⁹ DINSTEIN (1982); LAVOYER (1995); BRETT y LESTER (2001); BUGNION (2005); FERNANDEZ SANCHEZ (2010).

²⁰ ROBERTSON JR. (2006); JACOBSEN (2010); BERUBE, CULLEN (2012).

²¹ THOMPSON (2003).

Un caso muy concreto se advierte en la profunda imbricación de las normas del DIH con el llamado derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), rama que empieza a consolidarse con la identificación del concepto de “derechos humanos” en la Carta de las Naciones Unidas.²² A pesar de tratarse de dos áreas regulatorias claramente diferenciadas pero complementarias —porque la primera es considerada una *lex specialis*—,²³ lo cierto es que el DIDH ha influenciado la interpretación (y hasta el nombre) del DIH. Lo que en un comienzo estaba determinado por una serie de pautas de conducta militar (referida a los comportamientos de las fuerzas armadas en el terreno) pasó a ser re-significado como un *corpus* normativo interesado en el cuidado y la protección de las víctimas (de allí el progresivo remplazo del concepto tradicional “derecho internacional de los conflictos armados” —todavía hoy vigente en las academias militares y escuelas de defensa— por su versión actual en los ámbitos académicos universitarios, “derecho internacional humanitario”). Esta evolución del sentido de la regulación es sólo explicable, a mi entender, a partir de la cercana armonización de ambos regímenes, que ha teñido los instrumentos jurídicos aplicables en situaciones bélicas de una fuerte impronta de “derechos humanos”.²⁴

Corresponde afirmar, además, que no todas las situaciones que se producen en el contexto de un conflicto armado están alcanzadas por las normas que tradicionalmente consideraríamos parte del DIH. Por ejemplo, los instrumentos internacionales de derecho internacional de las inversiones poseen normas relativas a “estados de emergencia” o “estados de excepción” que, entre otros supuestos, son aplicables en caso de conflicto armado.²⁵ Tratándose el DIH de un sistema de normas que intenta mantener un equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares de los Estados, un análisis de la dinámica que marca su desarrollo y funcionamiento exige prestar cuidadosa atención a otras ramas del DIP, en tanto expresiones de las relaciones entre los propios Estados. Así, las interacciones y tensiones se producen incluso con relación a algunos aspectos elementales del DIP, por ejemplo, las reglas de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el derecho de los tratados.²⁶

A pesar de su importancia para comprender de modo global el contenido del DIP aplicable a situaciones graves de violencia armada, lo cierto es que las interacciones y tensiones que se producen entre estos diferentes sistemas específicos de reglas (tradicionalmente concebidos de forma aislada) no han sido estudiadas por la doctrina en toda su dimensión. Es necesario volver a pensar la regulación de los conflictos armados en un plano más genérico, poniendo en discusión los límites del DIH como rama autónoma a partir de la problemática teórico-práctica de la fragmentación como característica determinante del DIP actual.

²² En los art. 1.3 y 55 de la Carta aparecen las primeras referencias jurídicas a la expresión.

²³ La Corte Internacional de Justicia lo ha considerado así; *cf.* KALSHOVEN y ZEGVELD (2003). Sobre la relación entre DIH y DIDH de modo más general, véase VINUESA (2011: 313-326) y, para una profundización bibliográfica —imposible de reproducir aquí—, BUIS (2008: 269-293).

²⁴ Hoy parece claro que la aplicación del DIH y el DIDH se produce de forma complementaria, como han analizado OLSON (2009), BEN-NAFTALI (2004, 2011) o MOIR (2002) en sus estudios.

²⁵ BAETENS (2011).

²⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2011).

2. La fragmentación sustantiva e institucional del derecho internacional

La crítica especializada ha sostenido que desde mediados del siglo XX se ha producido una ampliación del objeto del derecho internacional, creándose sistemas de normas aplicables a ámbitos específicos con sus propios principios e instituciones.²⁷ A pesar de que se trata de un proceso de larga data en la disciplina, quizás por la excesiva profundización en temas de un elevado nivel de tecnicismo (geográfico, atmosférico, financiero, etc.), en las últimas décadas han venido proliferando los trabajos que han expuesto la preocupación de sus autores por las amenazas inherentes al fenómeno.²⁸

En 2000 el tema adquirió relevancia en la agenda de la Organización de las Naciones Unidas, ya que durante su 52° período de sesiones la Comisión de Derecho Internacional (CDI) reconoció los “riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional” como parte de su plan de acción²⁹ y la Asamblea General en 2002 encomendó un estudio del tema y formó un Grupo de Estudio bajo la dirección de B. SIMMA. Presidido luego por M. KOSKENNIEMI, en 2006 el Grupo presentó su informe final, de casi trescientas páginas, sobre la llamada “fragmentación del derecho internacional”, en el que se identificaron las consecuencias derivadas de la diversificación y expansión de las normas que integran ese ordenamiento, así como la respuesta que debe darse al fenómeno descripto.³⁰

Es preciso en este punto distinguir dos aspectos en particular que, si bien se hallan vinculados, apuntan a realidades diversas: por un lado, es dable identificar la *fragmentación institucional*, relacionada con la jurisdicción y competencia de las diversas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales y la relación jerárquica entre ellas; en segundo lugar, se reconoce una *fragmentación sustantiva*, que implica la división del derecho internacional en marcos especializados que pretenden tener autonomía, tanto entre sí como respecto del derecho internacional general. Es este último tipo de fragmentación el que la CDI ha estudiado,³¹ al manifestar un interés por identificar las prácticas y mecanismos especializados que los distintos regímenes autónomos (*self-contained*) han ido aceptando y consolidando.³²

²⁷ Se trata de una evaluación realizada por KOSKENNIEMI (2006); BUFFARD, CRAWFORD, PELLET y WITTICH (2008); PAUWELYN (2008); PROST (2012).

²⁸ CASTRO NOVOA (2014: 38).

²⁹ ASAMBLEA GENERAL, Documentos Oficiales, 55° período de sesiones, Suplemento n° 10 (A/55/10), cap. IX.A.1, párr. 729.

³⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006) “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, 58° período de sesiones (1° de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), Asamblea General, Documentos Oficiales, 61° período de sesiones, Suplemento N°10 (A/61/10), Capítulo XII Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, Conclusiones del Grupo de Estudio, disponible en: <<http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>>. El texto de la Resolución puede hallarse en: <http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/CD%20Anuario%202007/Dip/CDI/CDI%20ACN%204L%20682.pdf>.

³¹ “La cuestión de las competencias institucionales es mejor que las traten las propias instituciones. La Comisión, en cambio, ha deseado centrarse en la cuestión sustantiva: la división del derecho en ‘marcos’ sumamente especializados que pretenden tener autonomía relativa entre sí y respecto del derecho general”; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 14, párr. 13).

³² A lo largo de este libro los capítulos se ocuparán de ambos casos de fragmentación y no se limitarán a los supuestos explorados por el Grupo de Expertos de la CDI. En efecto, para pensar el DIH la fragmentación institucional es relevante, pues, a pesar de que integran una rama autónoma del derecho internacional, los instrumentos jurídicos de DIH no crean ninguna jurisdicción con competencia para

Los resultados a los que arriba el informe elaborado por la CDI muestran la existencia actual de una poderosa dinámica centralizadora del derecho internacional.³³ En efecto, el estudio da cuenta de una serie de técnicas (tales como los principios de *lex specialis*, *lex posterior* y los acuerdos *inter se*, así como las normas *erga omnes* y *ius cogens*) que dotan al sistema de un alto grado de coherencia interna, en tanto permiten resolver los inconvenientes que podrían suscitarse con normas incompatibles procedentes de distintos regímenes autónomos. En este sentido, lo que se percibe en el informe es que, más allá de la excusa que ofrece el tema de la fragmentación producida por la pluralidad de ramas diferenciadas, en rigor de verdad el objetivo que lo sustenta es bastante distinto. En efecto, de modo consciente o no —probablemente no— lo que el informe termina justificando es un conjunto de estrategias interpretativas tendientes a exorcizar las colisiones normativas y armonizar, mediante la determinación de prioridades, las reglas dentro de un derecho internacional que es por naturaleza descentralizado.

A pesar de que el informe aclara que no necesariamente la fragmentación trae consigo aspectos negativos, la armonización que se ofrece como solución parte necesariamente de la identificación de la pluralidad normativa como una realidad problemática. Recordemos su identificación como un “riesgo” en los primeros documentos elaborados por la CDI y la referencia explícita que se incluye en el informe:

La Comisión ha considerado que el tema tiene aspectos positivos y negativos, como lo prueba su reformulación del título del tema “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”. Por una parte, la fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí. Por otra parte, refleja la rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la diversificación de esos objetos y técnicas. El título parece indicar que aunque hay “problemas”, no son ni totalmente nuevos ni de tal naturaleza que no puedan tratarse mediante las técnicas que los juristas internacionales han utilizado para resolver los conflictos de normas que hayan surgido en el pasado.³⁴

Resulta evidente pues que los riesgos propios de la fragmentación existen, puesto que de ella se desprenden “problemas”.³⁵ Es cierto también que ello no debe generar ansiedades, en tanto el fenómeno ha estado presente siempre y las técnicas a las que el informe recurre para canalizar los inconvenientes derivados de las amenazas a la unidad

controlar su cumplimiento, a diferencia de otras ramas como el DIDH o el derecho internacional del mar. No obstante, diversos tribunales tienen competencia y se han pronunciado con respecto a cuestiones relativas al DIH; cf. CASSESE (1998); FENRIK (2000); FERNÁNDEZ DE GURMENDI (2003); GUTIÉRREZ POSSE (2006). La existencia de diversas instituciones que supervisan el cumplimiento de las normas internacionales y resuelven controversias entre los distintos sujetos del DIP ha generado en oportunidades interpretaciones diversas —aunque no necesariamente contradictorias— de ciertos institutos y principios del DIH, así como de la verificación de la existencia de sus normas.

³³ ARRENDONDO (2012: 19).

³⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 15, párr. 14).

³⁵ Los “problemas” o controversias que el informe reconoce son cuatro: a) conflictos entre leyes especiales y generales (párr. 46-222); b) conflictos entre normas sucesivas (párr. 223-323); c) conflictos relativos a las relaciones de importancia (párr. 324-409) y d) conflictos suscitados en virtud del principio de “interpretación sistémica” de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (párr. 410-480).

y a la cohesión del sistema, no son nuevas ni mucho menos. En definitiva, ni las tensiones o conflictos ni las pautas para enfrentarlos son una realidad reciente.³⁶

El Grupo de Estudio identifica que la creación de distintos regímenes autónomos puede implicar la configuración de disposiciones que se aparten de las normas de derecho internacional general, lo que es identificado como “desviaciones”³⁷ y por lo tanto visto como un elemento indeseable. Ello abre algunas interesantes dimensiones de análisis para comprender los patrones subjetivos que subyacen en la creación y el desarrollo del derecho internacional. En efecto, mucho se ha dicho —con anterioridad y sobre todo con posterioridad al informe de la CDI— en torno del fenómeno de la fragmentación,³⁸ pero lo que aquí interesa destacar aquí es el trasfondo político de los debates que sobre el fenómeno se suscitan, que proponemos leer en clave emotiva.

Las “ansiedades” políticas que están detrás del debate en torno de la fragmentación han sido ya reconocidas.³⁹ El concepto en sí mismo abre las puertas a la identificación de una retórica que, al oponer un sistema genérico y los problemas suscitados por regímenes enmarcados, distingue lo bueno y lo malo. En efecto, en vez de hablar de una sana diversificación, de una positiva sinergia o de un bienvenido pluralismo —algo que en inglés podría reflejar un caso de “cross-fertilization”—, los estudios doctrinarios se han ocupado de estudiar la interacción de regímenes bajo la etiqueta de la *fragmentación*, término que sugiere la desintegración de una unidad precedente y que parece apelar al aspecto menos saludable del fenómeno.⁴⁰

El lenguaje siempre detrás de lo “fragmentado” tiene que ver con la amenaza a la unidad, de modo que el informe de la CDI, que forma parte de estas tácticas argumentativas, trae calma a los actores de la arena internacional al convertirse en una suerte de instancia pacificadora que viene a asegurar que, frente a los embates de los avances incontrolados del derecho internacional, hay siempre una fuerza conciliadora capaz de mantener incólume el edificio del orden jurídico de base. Aplicando una serie de términos procedentes del llamado “giro afectivo” que han experimentado en tiempos recientes las ciencias sociales,⁴¹ es posible afirmar que el *temor* que genera la desestabilización que está implícita en la fragmentación se contrapone a la *esperanza* que

³⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 16, párr. 18): se trata de “un acervo de técnicas que ofrece el derecho tradicional para tratar las tensiones o conflictos entre normas y principios jurídicos”.

³⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 15-16, párr. 15-16).

³⁸ ALVAREZ (2009), BENVENISTI y DOWNS (2011), CHARNEY (1999), DECAUX (2011), GOLDSTONE y SMITH (2009), KINGSBURY (2011), LEATHLEY (2007), RAO (2004), ROMANO (1999), SHANY (2003), TREVES (2005)

³⁹ KOSKENNIEMI y LEINO (2002).

⁴⁰ “The impetus for such an analysis emerged from the finding that over the last 150 years, international lawyers have had recourse to the language of fragmentation as an argument for criticism and contestation. Indeed, the development of international law through specialized mechanisms is seen sometimes as healthy pluralism (‘diversification’), sometimes as perilous division (‘fragmentation’). The puzzling questions are, then, to explain how the mainstream discourse moves from one image to the other and why certain members in the field constantly privilege the fragmented image over the other.” (MARTINEAU, 2009: 2).

⁴¹ En el ámbito de las relaciones internacionales, se han ocupado de una perspectiva de análisis fundada en el componente emotivo los trabajos de CRAWFORD (2000: 116-156), BLEIKER y HUTCHINSON (2008 : 115-135), SASLEY (2011: 452-476), MARCUS (2002) y ROSS (2014), *inter alios multos*.

la CDI procura brindar cuando señala que no es preciso generar angustias donde hay soluciones que ya hace tiempo están bien asentadas.⁴²

La retórica de concebir en estos términos la fragmentación entonces encuentra su raíz en un lenguaje de carácter emotivo que parte de la consagración positiva de la “unidad” como propósito de la normativa internacional. No pudiendo entonces evitar la proliferación de regímenes particulares, sólo resta dejar en claro los medios e instrumentos válidos para poder retornar a ese *corpus* indivisible y superior.

¿Pero qué hay detrás de esta intencionalidad política de mantener un *status quo* en el ámbito del desarrollo del derecho internacional? Por lo pronto, es necesario dar cuenta del hecho de que sólo unas pocas situaciones son incluidas bajo el concepto de “fragmentación”: nos referimos a aquellas que conforman una fragmentación *sustantiva* y una *institucional*. Pero ni los juristas ni la CDI u otras instancias internacionales parecen haber querido reconocer una fragmentación *legislativa*, que quizás podría ser incluso más importante y de efectos más marcados que los dos tipos identificados en el informe de 2006.

3. ¿Un supuesto no previsto? Las nuevas guerras ante el problema de la fragmentación legislativa

Suelen identificarse como fuentes creadoras del derecho internacional las que consagra el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: los tratados, la costumbre internacional y los principios generales de derecho.⁴³ En los tres casos previstos en esta disposición —cuyo carácter taxativo está discutido—,⁴⁴ se advierte que las normas que integran el orden jurídico internacional se derivan de la voluntad concurrente de los Estados, explícita o no. En efecto, los tratados son definidos como acuerdos expresos (escritos u orales) de voluntades entre sujetos del derecho internacional.⁴⁵ La costumbre, por su parte, implica una práctica (por acción u omisión) de los Estados acompañada de conciencia de obligatoriedad (*opinio iuris*), de modo que sólo puede generar derechos y obligaciones en la medida en que los Estados no se hayan opuesto u objetado persistentemente durante su formación (es decir, si nada dicen, consienten implícitamente por aquiescencia). Los principios generales de derecho, finalmente, son aquellos que caracterizan los ordenamientos jurídicos internos, de manera que ya los Estados los han aceptado y admitido en sus sistemas domésticos antes de que tuvieran validez en el plano interestatal.

Esta constatación de que el derecho internacional requiere del acuerdo concordante de los Estados para poder existir ha dejado lugar al debate respecto de la posibilidad de encontrar instancias legisferantes fuera del plano estadocéntrico

⁴² Acerca de las culturas de la esperanza y del temor en el plano de las relaciones internacionales, puede consultarse MOÏSI (2009: 30-55 y 90-122).

⁴³ Todos los tratados y manuales de derecho internacional incluyen al menos un capítulo para discutir el tema de sus fuentes. Baste citar, por caso, la interesante y reducida aproximación de SHAW (2008: 69-128).

⁴⁴ CHARLESWORTH (2012: 200), por ejemplo. Es posible imaginar que las normas de derecho internacional pueden ser también creadas mediante mecanismos más informales —como el *soft law*— o por voluntad de sujetos individuales —tal como ocurriría con los actos unilaterales de los Estados—.

⁴⁵ La CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, se ocupa en particular de regular las convenciones *entre Estados* celebradas por escrito y sea que consten en uno o más instrumentos conexos (art. 2).

tradicional. Sería posible, por ejemplo, debatir las lógicas subyacentes al llamado *soft law*, que en ciertas ocasiones ha sido estudiado a la luz del problema de la fragmentación.⁴⁶

En esta ocasión, nos interesa debatir la posibilidad de incluir una categoría de “fragmentación legislativa” a la hora de pensar los nuevos supuestos de conflictos armados. El ejemplo, que llevará a advertir el modo en que se han generado disposiciones en materia de guerra antiterrorista que no han surgido por ninguna de las vías tradicionales de creación del derecho internacional, es significativo para nuestro fin de indagar en el fenómeno bélico y su regulación dispersa. Se trata del papel normativo que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha desarrollado en los últimos años para crear normas vinculantes en un ámbito en el que los Estados no lograron por el momento expresar su consentimiento en tener una regulación universal.

4. Nuestro caso de estudio: el rol del Consejo de Seguridad y sus alcances normativos en materia de la guerra contraterrorista

4.1. La determinación discrecional de las amenazas a la paz y seguridad internacionales y de las medidas para combatirlas

Con la caída del bloque soviético, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) —órgano ejecutivo y político de la Organización— ha vuelto a la vida casi inmediatamente. Los números así lo indican. La cantidad de resoluciones aumentó de modo radical (entre 1945 y 1989 —en 44 años— se aprobaron 646 resoluciones; entre 1990 y 2015 —en 25 años— se aprobaron 1597) y la cifra de misiones de mantenimiento de paz que se aprobaron en esta década fue mayor de las que hubo en las cuatro primera décadas del funcionamiento de la ONU. Asimismo, la revitalización del CSNU se advierte en la disminución del empleo del derecho de veto que la Carta reconoce a los cinco miembros permanentes. Así, desde 1945 hasta 2009, se vetaron 215 resoluciones sobre cuestiones sustantivas, en algunos casos por más de un miembro permanente. El promedio anual de vetos en tiempos de bipolaridad mundial, hasta 1989, fue superior a cinco (se cuentan 646 resoluciones hasta el final de ese año en total), mientras que desde la caída del bloque soviético ese número bajó a uno. Durante la readaptación al nuevo contexto mundial, el período entre el 31 de mayo de 1990 y el 11 de mayo de 1993 fue el más extenso en que no hubo ejercicio del derecho de veto. En el último lustro, en el 2010 y 2013 no se han registrado vetos, y de los 8 casos registrados desde 2011 la mitad corresponden a la oposición simultánea de la Federación Rusa y la República Popular China con respecto a la situación en Siria.⁴⁷

Es sabido que el artículo 24 de la Carta establece que el CSNU tiene “la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”, que implica la versión operacional del art. 1.1.⁴⁸ Los capítulos VI y VII le dan al órgano una amplia discrecionalidad para determinar cuándo existe un quebrantamiento o a una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Así, el art. 34 establece que el CSNU “... podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a

⁴⁶ Es el caso del trabajo reciente de CASTRO NOVOA (2014).

⁴⁷ La información ha sido sistematizada por la Dan Hammarskjöld Library de las Naciones Unidas y está disponible en <<http://research.un.org/en/docs/sc/quick>> (última consulta: 5 de enero de 2017).

⁴⁸ MANUSAMA (2006: 32).

fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, mientras que el art. 39 determina que el propio CSNU “determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Se verifica que el CSNU ha analizado casos específicos a los efectos de aplicar los artículos de la Carta, identificando en situaciones concretas si había una “amenaza a la paz y la seguridad internacionales”.⁴⁹ Bajo esta noción, entonces, en un comienzo se pensó en acciones de un Estado contra otro (en este sentido, por ejemplo, se desplazó la declaración de la existencia de un acto de agresión). Sin embargo, desde la década del 90, el CSNU ha identificado bajo esta expresión situaciones muy variadas que abarcaron desde los conflictos armados internos (en casos como Liberia y Somalia), violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (en Irak o la Antigua Yugoslavia), catástrofes humanitarias (en Somalia o Ruanda, entre otros), el derrocamiento de un régimen democrático (en Haití o Sierra Leona), el terrorismo (desde el caso de la Res. 687 [1991] en el caso de la invasión iraquí en Kuwait)⁵⁰ o la proliferación de armas de destrucción masiva (en India o Pakistán).

Este veloz repaso por la práctica institucional de las medidas tomadas por el CSNU permite advertir que, con el correr del tiempo, es factible identificar una progresiva ampliación del significado de lo que se entiende por “amenazas a la paz y seguridad internacionales”.⁵¹ Estos cambios en la identificación de los supuestos que caen bajo su escrutinio han hecho decir a ÁLVAREZ que la función primordial del CSNU, que le otorga gran discrecionalidad, le permite *de facto* enmendar el texto de

⁴⁹ DEPLANO (2015: 2088).

⁵⁰ Se trata del párrafo 32. Pueden también mencionarse el caso de la Res. 731 (1992), en la que el CSNU se refirió a los actos de terrorismo internacional como el que había acontecido a bordo del avión de Pan Am sobre la localidad escocesa de Lockerbie como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales (párr. 2), incluso a pesar de que el acto original no había sido etiquetado como tal. Cf. LAMB (1999: 361). En la Res. 1070/96 relativa a Sudán, el CSNU afirmó que el incumplimiento por parte de este Estado con las exigencias referidas a la supresión del terrorismo constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales. La Res. 1267 (1999), que se ocupó de la situación derivada de la explosión de las embajadas de los Estados Unidos en Kenia y Tanzania, fue original en la medida en que por primera vez se dirigió contra el régimen Talibán —reconocido por muchos como el gobierno legítimo de Afganistán— y exigió la entrega de un individuo, Osama bin Laden, además de establecer una serie de medidas particulares para luchar contra el fenómeno terrorista de Al-Qaeda.

⁵¹ “In 1992, one year after the successful Security Council-authorized military action against the aggression of Iraq against Kuwait, the Security Council held an important meeting on the item of ‘[t]he responsibility of the Security Council in the maintenance of international peace and security’, for the first time at the level of Heads of State and Government. In the concluding note, the President of the Security Council, speaking on behalf of the members, diagnosed a ‘time of change’. He considered that ‘the ending of the Cold War’ had created ‘new favourable international circumstances under which the Security Council has begun to fulfil more effectively its primary responsibility for the maintenance of international peace and security’. The note [Note by the President of the Security Council UN Doc S/23500 (31 January 1992)] gave the phrase ‘international peace and security’ a very broad meaning. It stated that ‘[t]he absence of war and military conflicts amongst States does not in itself ensure international peace and security. The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security.’ (SIMMA, 2002: 772).

tratado.⁵² Se trató, en nuestra opinión, de los primeros pasos de un peligroso ejemplo de creación normativa, capaz de mostrar la existencia hoy de una “fragmentación legislativa” que, por motivos políticos, permanece solapada en gran parte de las discusiones filosóficas del derecho internacional.

Es preciso recordar a esta altura que las decisiones del CSNU son obligatorias para todos los Estados miembros de la ONU, como surge del artículo 25: “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”. De este modo, una vez identificadas en casos concretos las situaciones susceptibles de poner el peligro la paz y la seguridad internacionales, la Carta de la ONU le concede al CSNU un amplio abanico de posibilidades de reacción. Y así como hubo un desarrollo semántico progresivo del contenido de qué se entienden por “amenazas”, del mismo modo fueron ampliándose los medios para lidiar con estas situaciones de riesgo. De acuerdo con el art. 39, el CSNU puede “decidir qué medidas tomar” en función de los art. 41 y 42. Un caso interesante respecto de la posibilidad de tomar acciones novedosas ocurrió con la creación, a través del Capítulo VII de la Carta, de tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia [TPIY] (Res. 827 [1993]) y Ruanda [TPIR] (Res. 955 [1994]). En el caso *Tadic* se discutió precisamente, respecto del TPIY, las bases que justificaban la constitución de un órgano judicial en la medida en que nada dentro del Cap. VII parecía indicar esa posibilidad.

Frente a los argumentos planteados por la defensa de Tadic, y a diferencia de lo que había hecho la Sala de Juicio —que no revisó la resolución del CSNU—, la Sala de Apelaciones aplicó el concepto de *compétence-compétence*. Señaló que la actuación del CSNU tiene límites que surgen de los Principios y Propósitos de la Carta, y que la Res. 826 se adoptó en el marco del artículo 41. No se trató de funciones judiciales delegadas (que el Consejo no tiene) sino que respondió a la amplia discrecionalidad de que goza el CSNU para tomar las medidas que considere más adecuadas para el caso concreto en el marco de dicho artículo.⁵³ El establecimiento “por ley” del TPIY, por otra parte, respeta el estado de derecho, lo que permite empezar a preguntarse por el carácter “legislativo” entonces de la labor del CSNU.

4.2. El papel normativo del CSNU

En los últimos tiempos, en particular luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, se vienen advirtiendo algunos ejemplos de resoluciones de carácter general, en las que el CSNU parece tener un rol de legislador ya que sus resoluciones muestran un poder de creación del derecho internacional (*lawmaking powers*): allí se imponen disposiciones obligatorias que son normas abstractas, sin un tiempo preestablecido y/o sin un destinatario específico. Se suele decir que se trata de una fase “legislativa” del CSNU, puesto que mediante esta operatoria se originan obligaciones

⁵² ÁLVAREZ (2005: 185). Acerca de esta gran discrecionalidad, que incluso puede permitirle actuar al CSNU cuando no hay violación siquiera del derecho internacional, véase además HIGGINS (1963).

⁵³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, IT-94-1-A, *Decisión sobre jurisdicción*, 2 de octubre de 1995, párr. 35: “It is evident that the measures set out in Article 41 are merely illustrative examples which obviously do not exclude other measures. All the Article requires is that they do not involve ‘the use of force’. It is a negative definition”.

generales y abstractas (por ende aplicables a un número indefinido de casos) y no limitadas a una situación concreta.

Recordemos que, tras los atentados en suelo estadounidense de septiembre de 2001, se asentaron las bases para elaborar estrategias políticas destinadas a la lucha antiterrorista. El conjunto de esas medidas estuvo signado por una impronta bélica desde el propio lenguaje, ya que se lo identificó como una “guerra contra el terrorismo” (*war on terror*) en la que el principal Estado afectado y sus aliados geoestratégicos desarrollaron una serie de acciones militares concretas con los objetivos representados por el grupo Al-Qaeda.

A partir de un uso retórico del discurso —agrupado en una serie de justificaciones jurídicas que se conocen como “doctrina Bush”—⁵⁴ se apeló a una serie de disposiciones internas referidas a la seguridad nacional. En el seno de la experiencia estadounidense, la jurisprudencia de la Corte Suprema terminó identificando todo este conjunto de medidas contraterroristas como formando parte de un verdadero conflicto armado que, en tanto no podía identificarse como internacional, debe ser calificado de índole no internacional y por lo tanto resulta regulado por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.⁵⁵

Dado que estamos entonces ante un supuesto regulado por el DIH, las hostilidades que se desarrollan para combatir las células terroristas deberían estar enmarcadas en disposiciones específicas del régimen autónomo del *ius in bello*. Lo cierto es que, a pesar de los intentos doctrinarios,⁵⁶ no contamos todavía hoy con definiciones genéricas de “terrorismo”; tampoco el DIH ha procesado pretensiones estatales destinadas a elaborar marcos jurídicos concretos con derechos y obligaciones vinculadas a los enfrentamientos armados entre Estados y grupos terroristas.⁵⁷

Es aquí por lo tanto que reviste importancia el rol del CSNU, que precisamente ha actuado para compensar la falta de voluntad de los Estados. Retomando temas que ya habían sido tildados de amenazas en casos particulares,⁵⁸ pasó en esta nueva etapa a adoptar medidas de alcance general que, con su carácter obligatorio, han devenido normas del derecho internacional. En este salto cualitativo, los derechos y obligaciones originados en las resoluciones que mencionaremos han sido frecuentemente descriptos como resultado de una verdadera (y criticable) función normativa o legislativa del CSNU. Pero, como veremos, de esto se habla poco a la hora de reflexionar en torno de los riesgos de la fragmentación.

⁵⁴ DOLAN (2005). Los principales lineamientos de la doctrina están contenidos en el documento *National Security Strategy of the United States*, publicado en septiembre de 2002.

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Caso “Hamdan v. Rumsfeld”, *Sentencia*, 548 U.S. 557 (2006).

⁵⁶ Dos libros señeros en este sentido han sido los de DUFFY (2005) y SAUL (2008), que demuestran los inconvenientes políticos que yacen bajo la imposibilidad de obtener una definición universal consensuada de lo que se entiende por “terrorismo”.

⁵⁷ Cf. OLÁSULO ALONSO y PÉREZ CEPEDA (2008).

⁵⁸ Podríamos añadir aquí las dos resoluciones que dejaron fuera de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) a soldados estadounidenses. Se trata de las Res. 1422 (del 12 de julio de 2002) y 1487 (del 12 de junio de 2003), que han sido consideradas también “legislativas” por contener obligaciones generales y abstractas.

4.2.1. La Resolución 1373 (2001)

Esta resolución, tomada unánimemente como respuesta directa a los ataques en territorio estadounidense, determinó que dichos actos, como cualquier otro acto de terrorismo internacional, constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales.⁵⁹ Lo sorprendente del contenido de esta decisión es que, de manera inédita, se trata de una calificación en abstracto.⁶⁰ En efecto, el texto no se refiere a una situación en particular, en la medida en que no tiene límites geográficos, personales o temporales y pretende tener alcance general.

El CSNU en este caso ha decidido para “*todos* los Estados” (miembros o no de la ONU) las siguientes obligaciones principales: (a) prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo, (b) tipificar como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo; (c) congelar sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos; (d) prohibir a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes.⁶¹ Se trata en síntesis de imponer un conjunto de medidas comprehensivas a todos los Estados para que criminalicen los actos terroristas y congelen los fondos destinados a financiar estos actos.⁶²

En septiembre de 2005, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1624 (2005) relativa a la incitación a la comisión de actos de terrorismo, en la que se insta a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a que la prohíban por ley, impidan dicha conducta y denieguen cobijo a toda persona respecto de la cual se disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta. La resolución también llama a los Estados a redoblar los esfuerzos internacionales para reforzar el diálogo y ampliar el entendimiento entre las civilizaciones.

⁵⁹ Sobre el contenido de esta resolución pueden leerse HAPPOLD (2003) y ROSAND (2003).

⁶⁰ La originalidad de este texto fue reconocida por WOUTERS y ODERMATT (2013: 4), quienes han reconocido un “estilo característico de la legislación”.

⁶¹ Ha habido fuertes críticas al accionar del CSNU aprobando esta resolución; *cf.* HAPPOLD (2003).

⁶² También acompañan a este texto otras resoluciones —como la 1390 (2002)— que no se dirigen contra el régimen Talibán sino contra individuos específicos (Osama bin Laden, la red Al-Qaeda y las personas o entidades asociadas con ellos) sin conexión con el territorio de un Estado particular.

4.2.2. La Resolución 1540 (2004)

La Resolución 1540 (2004), que resulta un ejemplo semejante al caso anterior, ha sido entendida como una respuesta a la amenaza contra la paz y seguridad internacionales provocada por la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, así como sus sistemas vectores, respecto de agentes no estatales.⁶³ La Resolución 1540 tiene como objetivo reducir esta amenaza exigiendo a los Estados que tipifiquen como delito ciertas actividades y que adopten medidas legislativas efectivas y adecuadas que prohíban e impidan la utilización indebida de elementos controlados (materiales conexos).

De acuerdo con el texto, *todos los Estados* tienen que adoptar legislación nacional efectiva y apropiada para prohibir y prevenir que cualquier agente no estatal fabrique, adquiera, posea, desarrolle, transporte, transfiera o utilice armas nucleares, químicas y biológicas y sus sistemas vectores. Dicha legislación también debe prohibir los intentos de participar en las actividades prohibidas, actuar como cómplice en las mismas y asistir o financiarlas. Esta tipificación puede conseguirse mediante la modificación de medidas criminales ya existentes o mediante la inclusión de una nueva disposición en el Código Penal respectivo.

La Resolución bajo análisis requiere además el establecimiento de un marco jurídico nacional que impida la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, así como sus sistemas vectores. Para ello, es necesario contar con una regulación adecuada de los materiales conexos, el equipamiento y la tecnología.⁶⁴

Con un carácter muy propio de los textos normativos de alcance general y abstracto, la Resolución 1540 proporciona algunas definiciones pertinentes para su interpretación. Define *sistemas vectores* como “misiles, cohetes y otros sistemas no tripulados capaces de transportar armas nucleares, químicas o biológicas, diseñados especialmente para ese fin”; *agente no estatal* como una “persona física o entidad que no actúa bajo la autoridad legítima de un Estado en la ejecución de actividades comprendidas en el ámbito de la presente resolución”, y *materiales conexos* como los “materiales, equipo y tecnología abarcados por los tratados y los mecanismos multilaterales pertinentes o incluidos en listas nacionales de control, que se podrían utilizar para el diseño, el desarrollo, la producción o el empleo de armas nucleares, químicas y biológicas y sus sistemas vectores”.

La Resolución 1540, finalmente, establece ciertos tipos de medidas nacionales que los Estados partes de los tratados relacionados requieren para dar efecto a las obligaciones que establecen el Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP) de 1968, la Convención sobre Armas Biológicas (CAB) de 1972 o la Convención sobre Armas Químicas (CAQ) de 1993. Constituye por tanto un dispositivo adecuado para propugnar el cumplimiento de los acuerdos en vigor, expandiendo incluso sus cláusulas para cubrir normativamente las situaciones que involucran a agentes no estatales.

⁶³ Acerca de las particularidades de este instrumento, véanse LAVALLE (2004), ASADA (2009) y BOSCH (2014).

⁶⁴ Se especifica que esta regulación debe incluir los siguientes elementos: a) un sistema para justificar y asegurar la seguridad de los materiales conexos durante su producción, utilización, almacenamiento o transporte; b) medidas efectivas de protección física; c) medidas efectivas de control en aduanas y de policía y d) controles efectivos de exportación nacional y transbordo.

4.2.3. Las medidas para enfrentar las amenazas generales y abstractas

Las dos resoluciones recién descritas —que suponen la regulación de un tema de interés particular para algunos de los miembros permanentes del CSNU— presentan, por lo demás, un novedoso mecanismo de control del cumplimiento de sus obligaciones. El *Comité contra el Terrorismo* se estableció de conformidad con la Resolución 1373 (2001). El Comité, integrado por los 15 miembros del Consejo de Seguridad, recibió el mandato de vigilar la aplicación de la resolución 1373 (2001), en la que se insta a los países a que apliquen una serie de medidas destinadas a fortalecer su capacidad jurídica e institucional para combatir las actividades terroristas a nivel nacional, regional y mundial. Por su parte, el *Comité 1540* fue establecido por la Resolución 1540 para promocionar y supervisar la aplicación de las medidas fijadas (a través de la presentación de informes nacionales), y coordina las ofertas y demandas de asistencia. El plazo de vigencia del Comité se definió inicialmente para que venciese a finales de abril de 2006, pero ha sido ampliado por la Resolución 1673 (2006), la Resolución 1810 (2008) y finalmente por la Resolución 1977 (2011) hasta el 25 de abril de 2021.

A pesar de sus diferencias, ambos Comités están acompañados por sendos Grupos de Expertos que tienen a su cargo el monitoreo y la asistencia para la implementación de los textos correspondientes. En ese sentido el entramado normativo que se crea es semejante al que suelen prever algunos tratados cuando determinan y crean mecanismos de ayuda para que los Estados, en virtud de esa colaboración, puedan adaptar sus legislaciones internas en función de las obligaciones establecidas en el plano convencional.⁶⁵

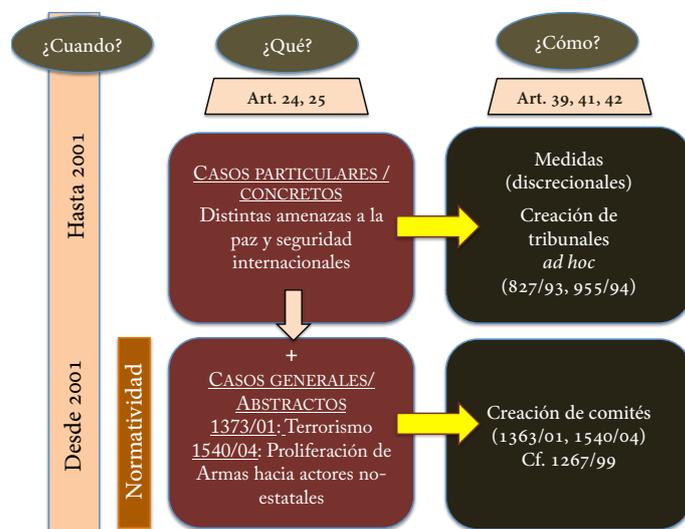


Gráfico 1: La evolución de las funciones normativas del CSNU

⁶⁵ El primer Comité del CSNU fue establecido el 15 de octubre de 1999 bajo la Res. 1267 (1999) que impuso medidas de sanción contra Afganistán (controlado por los Talibán) por haber apoyado a Osama bin Laden y a Al-Qaeda. El régimen de sanciones fue modificado y fortalecido por resoluciones subsiguientes, como las 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) y 1904 (2009). El 17 de junio de 2011, mediante las Res. 1988 (2011) y 1989 (2011), el CSNU dividió el Comité 1267 en dos: el Comité de Sanciones de Al-Qaeda y el Comité de Sanciones 1988. Todos los Estados están obligados a establecer medidas de sanción (congelamiento de fondos y bienes, prohibición de viaje y embargo de armas).

4.3. De eso no se habla: las nuevas funciones del CSNU como ejemplo velado de fragmentación legislativa.

Se ha pensando que este accionar del CSNU que hemos descripto, materializado en las medidas anti-terroristas, es inconveniente por varios motivos. En primer lugar, porque no es función de dicho órgano hacer avanzar, desde la ONU, el derecho internacional, si tenemos en cuenta que es en rigor de verdad la Asamblea General la encargada del “desarrollo progresivo” (art. 13.1.a). Por lo demás, la labor legislativa del CSNU termina resultando en una imposición de obligaciones a terceros que no integran el órgano, en un tema en el que los Estados no han decidido avanzar mediante un acuerdo de voluntades que se comprometan a respetar. A ello debe sumarse que el CSNU tiene un bajo nivel de legitimidad y un serio déficit deliberativo para actuar, porque es percibido como poco transparente en su funcionamiento.

Sin embargo, también es cierto que no hay nada en la Carta de la ONU —un tratado que vincula a los Estados que han prestado su consentimiento— que impida que el CSNU actúe de esta manera, dado que parece desprenderse del propio texto (y de la realidad histórica de su creación) que lo que se esperaba de este órgano ejecutivo era que desempeñara un mandato proactivo. Algunos autores suelen reconocer que la discreción del CSNU es lo suficientemente amplia como para permitir, por ejemplo, la aprobación de resoluciones del tenor de las examinadas. De hecho, podría aparecer incluso como justificado este accionar en los casos de vacíos legales en los que conviene que el CSNU actúe como una suerte de *global legislator*, sobre todo —como adelantamos— si tenemos en cuenta que la actuación del CSNU posee una clara base convencional dada por la Carta (y por tanto sería el tratado la fuente legitimadora de estas resoluciones). Además, la toma de medidas podría verse como apropiada y efectiva, sobre todo al compararse con los extensos períodos que llevaría discutir la temática en otro foro de toma de decisiones.⁶⁶

Estas aparentes permisiones de la Carta, que justificarían una labor normativa del CSNU, no tienen en cuenta sin embargo que, con resoluciones de carácter genérico, no se respetan de modo pleno el consentimiento y el principio de igualdad jurídica, claves del propio sistema de la Carta (principio contenido en el art. 2.1). Se ha sugerido que este rol legislativo⁶⁷ podría aceptarse siempre y cuando se den ciertos límites o condiciones para el ejercicio de esta facultad “normativa”, y de hecho se han propuesto algunos de estos condicionantes.⁶⁸ Pero lo cierto es que todo ello oculta lo que a fin de

⁶⁶ BOYLE (2012: 182). Las ventajas de este alcance “normativo” general de las resoluciones, en el marco de propuestas más amplias del CSNU, es que puede acelerar la implementación de un derecho de aplicación global a falta de una negociación diplomática que podría llevar mucho tiempo, especialmente en ciertas áreas sub-reguladas que necesitarían una actuación internacional urgente como el medio ambiente. Sin embargo, como señalaremos en las conclusiones de este trabajo, siempre hay una explicación política, en manos de la voluntad de los cinco miembros permanentes, de la agenda que nutre la labor del CSNU.

⁶⁷ JOHNSTONE (2008: 275, 283) los llama “quasi-legislative and quasi-judicial acts” y sostiene que las obligaciones que crean estos instrumentos son de una clase que solamente se encuentra en tratados. Tanto ÁLVAREZ (2005: 874) cuanto TALMON (2005: 175) consideran que con estos textos el CSNU entró de lleno en una fase legislativa.

⁶⁸ Por ejemplo, que estas resoluciones genéricas no podrían afectar los propósitos y principios de la Carta de la ONU (art. 24.2), En el mismo sentido, el artículo 25 dispone que los Estados aceptan y cumplen las resoluciones del Consejo “de acuerdo con esta Carta”; se ha sugerido que deben ser interpretadas, analógicamente, siguiendo la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, a pesar de no ser un texto convencional; cf. WOOD (1998: 79). Se ha dicho también que el CSNU debe asegurar con su labor

cuentas implica una actuación *ultra vires* del Consejo, que se atribuye un rol de creación normativa capaz de poner en jaque los modos tradicionales de creación de las normas internacionales.

A ello debe sumarse un inconveniente adicional, que es el precedente del caso “Lockerbie”, en el que se interpretó que la propia Carta reservaba a las obligaciones derivadas de ella (mediante el rol de toma de decisiones de los órganos que integran la ONU) un lugar de privilegio en relación con los otros compromisos que los Estados asuman convencionalmente.

El artículo 103 de la Carta dice que “[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. En la sentencia del célebre caso “Lockerbie” (Libia c. EEUU), referido al atentado terrorista que derribó un avión de PanAm sobre Escocia en 1988, se discutió precisamente esa vinculación, dado que el Consejo de Seguridad había dictado una resolución (la 731 del año 1992) en el marco del Capítulo VII apoyando las medidas que habían tomado Estados Unidos y el Reino Unido contra Libia. Este último Estado había sostenido que los pedidos de extradición de estos países respecto de ciertos individuos relacionados con el atentado contra un avión eran incompatibles con el Convenio de Montreal de 1971 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (que preveía la opción *aut dedere aut iudicare*) y sometió la controversia ante la Corte Internacional de Justicia. El tribunal concluyó, a partir de una lectura conjunta de los arts. 103 y 25, que las obligaciones que emanaban de la resolución del Consejo de Seguridad —incluidas en el texto del art. 103— estaban por encima de aquellas surgidas de la Convención de Montreal.⁶⁹ Este resultado, que por fortuna ha sido contrarrestado (o al menos relativizado) por algunas opiniones posteriores y decisiones de otros tribunales,⁷⁰ no deja de resultar peligroso

la transparencia y atravesar una rendición de cuentas. En ningún caso podía comprometerse la distribución de roles de los órganos de la ONU (por ejemplo, respecto de las funciones que hemos descrito como propias de la Asamblea General) ni exceder los límites de accionar de la Organización en su conjunto, que siempre se basa en el principio de subsidiariedad y en la no intervención en los asuntos internos. De modo más específico, se ha recomendado que estas medidas se limiten lo más posible en su ámbito material y temporal, que no duplicar el texto de tratados ya negociados que no están en vigor o que sólo fueron ratificados por pocos Estados, que se pongan en debate mediante consultas con los Estados, que sólo se encarguen de regular situaciones de emergencia para que no se trate de una actuación *ultra vires* y que en ningún caso se vean puestos en riesgo los derechos humanos. Algunos de estos lineamientos surgen de estudios como el de CHESTERMAN (2008).

⁶⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso “Lockerbie” (“Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 con motivo del incidente aéreo en Lockerbie”, Libia c. Estados Unidos), *Medidas Provisionales*, Orden del 14 de abril de 1992, para 39. El CSNU en sí mismo adoptó esta visión, como en la Res. 670 (1990) sobre sanciones contra Irak, “recordando las disposiciones del artículo 103 de la Carta” en el preámbulo.

⁷⁰ Una interpretación contraria surgió con motivo de la discusión de los límites de las resoluciones del CSNU dados por el *ius cogens*. En efecto, en el caso de la Convención contra el Genocidio, el Juez Elihu Lauterpacht señaló en su opinión disidente que el embargo de armas decidido por el Consejo aplicable a todo el territorio de la ex Yugoslavia (Res. 713 [1991]), podía tener el efecto incidental de colaborar con la campaña serbia contra los bosnios-musulmanes, lo que podría contravenir la prohibición de cometer genocidio y el deber de prevenirlo, de carácter imperativo. Como las normas imperativas por definición no pueden derogarse y son superiores tanto a los tratados como a la costumbre, el magistrado sostuvo que si ese fuera el caso, entonces los Estados Miembros no estarían obligados por dicha resolución (Opinión disidente, “Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de

porque le da un poder de primacía a toda Resolución del CSNU, inclusive por supuesto aquellas de carácter normativo.

En definitiva, a partir de los casos analizados es posible señalar que todo el sistema onusiano parece haber generado una difusa regulación de uno de los casos más actuales de violencia armada, que es el que involucra la organización de la lucha antiterrorista. Desde esta perspectiva, entonces, al examinar el modo en que el CSNU ha lidiado con las operaciones militares contra el terrorismo transnacional, presenciamos un nuevo nivel de “fragmentación” que se vincula con la proliferación de instancias de producción normativa. Si junto con las fuentes tradicionales del derecho internacional se abre lugar a que el CSNU produzca normas obligatorias para los Estados, entonces se trata de autorizar que los cinco miembros permanentes controlen desde un dispositivo alternativo las regulaciones en materia de seguridad internacional.

5. A modo de conclusión

Hemos partido en estas reflexiones introductorias de la confirmación del DIH como rama autónoma del derecho internacional para mostrar —a partir de la identificación de las normas que lo caracterizan— cómo la focalización de la atención en el DIH implica una lectura sesgada del fenómeno de la regulación internacional de los conflictos armados. Ello es así en tanto no puede comprenderse el funcionamiento del DIH sin relación con las otras ramas del ordenamiento jurídico. Deviene entonces imprescindible explorar las normas aplicables al caso en todo el sistema jurídico internacional para entender cabalmente de qué modo los Estados han resuelto regular las múltiples complejidades que implica el fenómeno de la guerra.

Hemos visto luego que el concepto de fragmentación, signado por una fuerte impronta afectiva, es útil como esquema teórico para comprender el fenómeno regulatorio. Tal como ha sido presentado por el informe de 2006 de la CDI, se trata de identificar los “problemas” que suscita la coexistencia de una pluralidad de regímenes que dictan sus propias normas y principios, potencialmente contrapuestos a los que el derecho internacional consagró tradicionalmente. Sin embargo, el informe deja bien en claro que ya existe una solución cierta para combatir estos supuestos conflictivos, vinculada con la aplicación de principios ya clásicos en la materia como el de *lex posterior*

Genocidio” (Serbia y Montenegro), *Medidas Provisionales*, Decisión del 8 de abril de 1993, *ICJ Rep* 3, párr. 100). Otros casos vinculados con los derechos humanos también pusieron un límite al poder jerárquico de las resoluciones del CSNU. Es, por ejemplo, el caso “Kadi, Yassin Abdullah c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas” (2008), la Sala Superior del Tribunal de Justicia Europeo dejó sin efecto las sanciones contra Kadi impuestas porque los Estados de la Unión Europea (UE) no habían ofrecido una posibilidad de revisión judicial de su caso: se dice que los acuerdos de la ONU no pueden afectar principios constitucionales establecidos por el tribunal de la Comunidad Europea. El tribunal entendió que la regulación de la UE que permitía el listado y el congelamiento de bienes violaba derechos humanos fundamentales, dado que no se lo comunicó a Kadi y se le afectó entonces su derecho de defensa y de revisión judicial efectiva. En segundo lugar, en el caso “Nada, Youssef Moustafa c. Suiza”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió a este ciudadano italo-egipcio cuyo nombre había sido incluido en una lista de individuos y entidades relacionadas con bin Laden y Al-Qaeda (derivadas de las resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000), and 1390 (2002) y adoptadas en el derecho doméstico suizo. El Tribunal consideró que se habían afectado sus derechos humanos porque Suiza tenía la posibilidad de modificar la lista a la hora de implementar la Resolución del CS. Se deja en claro que las normas en materia de derechos humanos podrían ser una barrera para las resoluciones generales que adopta el CSNU.

o *lex specialis*, entre otros. Lejos de concebir esta coexistencia normativa como un fenómeno de pluralidad, el sistema institucional de la ONU ha optado por identificar aquí un caso de cuerpos normativos “fragmentados” cuya armonización debe ser postulada para rearmar la unidad perdida. Esta labor casi heroica de la CDI de identificar las respuestas más adecuadas para poner coto a un proceso inevitable pero indeseable parte de la identificación de dos tipos de fragmentación relevantes: aquella *institucional* (vinculada con la existencia de múltiples instancias jurisdiccionales) y la *sustantiva* (referida a la pluralidad de *self-contained regimes*).

Hemos sugerido en estas páginas la posibilidad de apelar a un criterio metodológico semejante al elaborado por la CDI y pensar una *fragmentación legislativa* que se vislumbra con las resoluciones “generales” aprobadas por el CSNU, tales como 1373 (2001) o la 1540 (2004). En este caso, como se ha señalado, nos enfrentamos también a un caso de fragmentación puesto que se trata de advertir una pluralidad de entes legisferantes cuya interacción es problemática: frente a los Estados —que están en la base histórica del sistema de fuentes y que, por ejemplo, han regulado la guerra a través de distintos regímenes— el CSNU se ha atribuido a sí mismo un rol igualmente relevante para crear normas en materia de la guerra antiterrorista.

Las únicas referencias al rol del CSNU en el informe de 2006 son al menos sospechosas. De no ser por tres mera referencia lateral al hablar del conflicto entre universalismo y regionalismo,⁷¹ la primera vez que se menciona de modo sustancial el rol del CSNU ocurre al mencionar el alcance del art. 103 de la Carta, y ello para afirmar de manera rotunda que:

Aun cuando en la Carta no se especifica expresamente la primacía de las decisiones del Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 103, ha sido ampliamente aceptada tanto en la práctica como en la doctrina.⁷²

En el resto del informe se destaca aun con mayor insistencia la superioridad de las normas emitidas por el CSNU;⁷³ la única excepción a este poder desmesurado que se otorga a las decisiones del órgano político de la ONU aparece cuando se indican ciertos precedentes en materia de derechos humanos, en los cuales las resoluciones que puede emitir el órgano encuentran como obstáculo las normas de carácter imperativo (*ius cogens*) que, como se saben, se hallan por encima de todo el ordenamiento internacional. ¿No resulta llamativo que no haya alusión alguna en las conclusiones del Grupo de Trabajo a resoluciones genéricas como la 1373 (2001) o la 1540 (2004), a pesar de que ambas son anteriores a la presentación formal del informe y ya habían generado cuantiosos debates en la doctrina?

El informe sobre fragmentación de la CDI parece voluntariamente dejar afuera de los conflictos normativos identificados aquel que se da cuando existe una

⁷¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 116, párr. 196; 2006: 127-128, párr.217).

⁷² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 193, párr. 331). Al final del mismo párrafo, el informe distingue estas decisiones de las otras medidas que puede tomar el CSNU que no son obligatorias, las cuales evidentemente no están amparadas por el artículo 103.

⁷³ Por ejemplo, cuando junto a “Lockerbie” se menciona el caso “The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State” resuelto por el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido (sentencia de 12 de agosto de 2005), en el que se decidió que las resoluciones del CSNU son superiores a las obligaciones británicas en materia de derechos humanos; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 196, párr. 336).

superposición de poderes legislativos entre los Estados que acuerdan las normas por las que se obligan y el CSNU cuando toma medidas vinculantes en temas cruciales en los que la comunidad internacional tiene posiciones y prejuicios particulares.⁷⁴ Sostenemos que la exclusión de esta “fragmentación legislativa” se explica por cuestiones políticas, ya que la primacía de las resoluciones del CSNU implica la superioridad de los cinco miembros permanentes para guiar el diseño de las nuevas normas internacionales cuando la negociación diplomática no surte efecto. No es difícil concluir que, a través de las medidas tomadas por el CSNU en materia de terrorismo y acción contraterrorista, Estados Unidos logró universalizar muchas de las políticas legislativas decididas a nivel interno, proyectando soluciones jurídicas que en gran medida la comunidad internacional no estaba todavía en condiciones de discutir.⁷⁵

Es claro que el fenómeno de la fragmentación en general posee una fuerte impronta política, si tenemos en cuenta que en muchos casos permite que se generalice aquello que interesa a ciertos Estados, creando una suerte de sistema en el que la interacción de regímenes se asimila a la pretensión hegemónica de un Estado soberano sobre otro.⁷⁶ En este sentido, la posibilidad de intervenir en la construcción de un marco normativo por parte de un grupo selecto de Estados —que poseen el derecho de vetar aquello con lo que no están de acuerdo— es la manifestación de un derecho internacional hegemónico.⁷⁷

El silencio en que permanece el informe de 2006 (así como los estudios generales en torno de la fragmentación) sobre la actuación del CSNU y la potencialidad de una proliferación de mecanismos creadores del derecho internacional, entonces, no es azaroso. Excluirlo de los conflictos propios de un derecho fragmentado implica no pensarlo como una praxis negativa, y por lo tanto queda fuera del ojo crítico del especialista que considera necesario aportar soluciones para enderezar lo que puede resultar peligroso o riesgoso. En definitiva, la falta de mención de una “fragmentación legislativa” la invisibiliza y naturaliza, la priva de su carácter problemático. Y, en nuestro ejemplo del *war on terror*, las manifestaciones más recientes de la guerra terminan quedando reguladas, de modo casi subrepticio, por una serie de normas vinculantes que, lejos de surgir de la capacidad legisferante de los Estados, se desprenden de la voluntad exclusiva de un órgano ejecutivo, de representación poco democrática, que parece concebir su propio accionar *legibus solutus* y responde a intereses parciales dentro del orden onusiano.⁷⁸

Ya hemos advertido que el lenguaje es siempre significativo y cumple un rol altamente emotivo en el derecho internacional. Los Estados hegemónicos, que cuentan

⁷⁴ Resta un estudio comprehensivo acerca de los impactos y la valoración de estas resoluciones temáticas del CSNU, como concluye POPOVSKI (2014: 10-11).

⁷⁵ Es cierto que la verdadera eficacia de este intento de generalización dependerá en última instancia de la voluntad de los propios Estados, como señala ROSAND (2004: 587-589), pero no puede desconocerse el enorme poder de influencia que tienen Estados Unidos y los otros cuatro miembros permanentes del CSNU a la hora de impulsar acciones nacionales y colectivas en distintas regiones del globo.

⁷⁶ “Like states, functional regimes operate as clusters of interest and knowledge, and like states they act in solipsistic and imperial ways – they are coded so as to perceive only themselves and their own preferences and to translate those mechanically into the preferences of everyone”; KOSKENNIEMI (2012: 318).

⁷⁷ Ello implica un unilateralismo a través del cual el “hegemón” configura e influencia el marco jurídico, como explica bien OREKHELASHVILI (2011: 342).

⁷⁸ Se trata, claro está, de los intereses que responden a la “priorité des préoccupations des plus puissants de ses membres”; KLEIN (2007: 147).

con mayor poder de negociación o con mayor autoridad relativa en el ámbito internacional, han siempre pretendido expandir su gramática frente a las interpretaciones discursivas débiles que exponen las naciones tercermundistas o en vías de desarrollo.⁷⁹ Una respuesta contra-hegemónica que se rebele frente a estas manipulaciones retóricas, entonces, debe prestar atención no sólo a lo que define el lenguaje del derecho internacional tradicional, sino también a sus silencios. Porque ocultar prácticas normativas de diversificación o pluralidad legislativa para disimular acciones de debatible legalidad supone una posición política que pretende mantener los cimientos de los ya asentados espacios de autoridad en el ámbito internacional.⁸⁰ En un tema de relevancia universal como el de la regulación de la fuerza armada, la no inclusión de estas prácticas dentro de las “fragmentaciones” reconocibles en el sistema interestatal es, sin dudas, uno de los modos más eficaces de asegurar ideológicamente la preservación de una unidad que sólo conviene a algunos.

Bibliografía utilizada y de consulta

Instrumentos jurídicos: informes de la CDI

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006) “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), Asamblea General, Documentos Oficiales, 61º período de sesiones, Suplemento N°10 (A/61/10), “Capítulo XII Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, Conclusiones del Grupo de Estudio, disponible en: <<http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>>.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2011) “Informe de la Comisión de Derecho Internacional”, 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Asamblea General, Documentos Oficiales, 66º período de sesiones, Suplemento N°10 (A/66/10), Capítulo VI Efectos de los conflictos armados en los tratados, disponible en: <<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2011/2011report.htm>>.

Bibliografía secundaria

- ABI-SAAB, G. (1999) “Fragmentation or unification: some concluding remarks”, *New York University Journal of International Law and Politics* 31; 919-933.
- AKRAM, M. y S. HAIDER SHAH (2005) “The Legislative Powers of the United Nations Security Council” en MACDONALD, R. S. J. y D. M. JOHNSTON (eds.) *Towards World*

⁷⁹ Estos Estados débiles son simplemente ‘norm takers’ en vez de crear normas destinadas a imponerse a otros (‘norm makers’); BORGÉN (2009: 30-31).

⁸⁰ Se ha sugerido la posibilidad de cambiar la práctica del CSNU desde adentro, teniendo en cuenta que “...reasoned discourse is possible even in the UN Security Council, where material power and calculations of national-security interest dominate”; JOHNSTONE (2010: 202). Se trata de un planteo en gran medida complejo, de difícil implementación en el estado actual de cosas. No obstante, los discursos que desarticulan las prácticas políticas arraigadas en la lógica tradicional de poder pueden con el tiempo penetrar los ámbitos institucionalizados ejerciendo presiones externas para abrir los espacios a una mayor democratización.

- Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Dordrecht: Nijhoff; 431-455.
- ALVAREZ, J. (2003) “Hegemonic International Law Revisted”, *AJIL* 97; 873-888.
- ÁLVAREZ, J. E. (2005) *International Organizations as Law-makers*, Oxford: University Press.
- ÁLVAREZ, J. E. (2009) “Three responses to proliferating tribunals”, *New York University Journal of International Law & Politics* 41; 991-1012.
- ANGELET, N. (2001) “International law limits to the Security Council”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (ed.) *United Nations Sanctions and International Law*, La Haya: Kluwer Law International; 71-82.
- ARANGIO-RUIZ, G. (2000) “On the Security Council’s Law-Making”, *Rivista di diritto internazionale* 83 (3); 609-725.
- ARMSTRONG, D. (ed.) (2008) *Routledge Handbook of International Law*, Nueva York: Routledge.
- ARREDONDO, R. (2012) (dir.) *Manual de derecho internacional público*, Buenos Aires: La Ley.
- ASADA, M. (2009) “Security Council resolution 1540 to combat WMD terrorism: Effectiveness and legitimacy in international legislation”, *Journal of Conflict and Security Law* 13 (3); 303-332.
- BAETENS, F. (2011) “When international rules interact: International investment law and the law of armed conflict”, *Investment Treaty News*, April 7, 2011, disponible en <<http://www.iisd.org/itn/2011/04/07/when-international-rules-interact-international-investment-law-and-the-law-of-armed-conflict/>> (última consulta: 5 de enero de 2017).
- BAILEY, S. D. (1968) *Veto in the Security Council*, Nueva York: Carnegie Endowment for International Peace.
- BAILEY, S. D. (1994) *The UN Security Council and Human Rights*, Nueva York: St Martin’s.
- BAILEY, S. D. y S. DAWS (1998) *The Procedure of the UN Security Council*, Oxford: Clarendon Press.
- BARRIONUEVO ARÉVALO, L. (2008) “The multiplication of international jurisdictions and the integrity of International Law”, *ILSA Journal of International and Comparative Law* 15; 49-60.
- BAUSLAUGH, R. A. (1991) *The Concept of Neutrality in Classical Greece*. Berkeley/Los Angeles/Oxford: University of California Press.
- BEDJAOU, M. (1994) *The New World Order and the Security Council*, Leiden/Dordrecht: Nijhoff.
- BEN-NAFTALI, O. (2004) “Living in Denial: The Co-application of Humanitarian Law and Human Rights Law to the Occupied Territories”, *Israel Law Review* 37; 17-118.
- BEN-NAFTALI, O. (2011) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Nueva York/Oxford: University Press.
- BENVENISTI, E. y DOWNS, G.W (2007) “The empire’s new clothes: political economy and the fragmentation of International Law”, *Stanford Law Review* 60; 595-631.
- BENVENISTI, E. y DOWNS, G.W. (2011) “Prospects for the increased independence of International Tribunals”, *German Law Journal* 12; 1057-1076.
- BLEIKER, R. y HUTCHINSON, E. (2008) “Fear No More: Emotions and World Politics”, *Review of International Studies* 34 (1); 115-135.
- BODANSKY, D. y CROOK, J.R. (2002) “Symposium: The ILC’s State Responsibility Articles. Introduction and Overview”, *American Journal of International Law* 96(4); 773-791.
- BONAFE, B. (2009) *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden/Londres: Martinus Nijhoff.
- BORGEN, C. J. (2009) “The Language of Law and the Practice of Politics: Great Powers, Small States, and the Rhetoric of Self-Determination in the Cases of Kosovo and South Ossetia”, *Chicago Journal of International Law* 10 (1); 1-33,

- BOSCH, O. (2014) "A Legislative Evolution: Security Council Resolution 1540 Revisited", en POPOVSKI, V. y T. FRASER (2014) (eds.) *The Security Council as Global Legislator*, Londres/Nueva York: Routledge; 97-123.
- BOSCO, D. L. (2009) *Five to Rule Them All: The UN Security Council and the Making of the Modern World*, Nueva York/Oxford: Oxford University Press.
- BOWRING, B. (2009) "Fragmentation, *lex specialis* and the tensions in the jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Journal of Conflict & Security Law* 14(3); 485-498.
- BOYLE, A. (2012) "International Lawmaking: Towards a New Role for the Security Council?", en CASSESSE, A. (ed.) *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: University Press; 172-184.
- BROWN, C. (2008) "The cross-fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international courts and tribunals", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 30; 219-245.
- BRUHA, Th. (1995) "Security Council", en WOLFRUM, R. (ed.) *United Nations: Law, Policies and Practice*, Vol. 1, Munich/Leiden/Dordrecht: C. H. Beck/Martinus Nijhoff; 1147-1161.
- BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. ET AL. (eds.) (2008) "International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner", Leiden/Londres: Martinus Nijhoff.
- BUIRETTE, P. y LAGRANGE, Ph. (2008) *Le droit international humanitaire*, 2ª edición, París: La Découverte.
- BUIS, E. J. (2008) "The Implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: The Example of the Inter-American Human Rights System", en ARNOLD, R. y QUÉNIVET, N. (eds.) *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers; 269-293.
- BUIS, E. J. (2015) *La súplica de Eris. Derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la antigua Grecia*, Buenos Aires: Eudeba.
- BURKE- WHITE, W.W (2005) "International Legal Pluralism", *Michigan Journal of International Law* 25; 963-979.
- CANNIZZARO, E. y BONAFÉ, B. (2005) "Fragmenting International Law through compromissory clauses? Some remarks on the decision of the ICJ in the Oil Platforms Case", *European Journal of International Law* 16; 481-497.
- CARON, D. D. (1993) "The Legitimacy of the Security Council", *AJIL* 87; 552-588.
- CASSIMATIS, A.E. (2007) "International humanitarian law, international human rights law, and fragmentation of international law", *International and Comparative Law Quarterly* 56(3); 623-639.
- CASTRO NOVOA, L. M. (2014) *Fragmentación, soft law y sistema de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- CHARNEY, J. (1998) "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 271(101); 101-382.
- CHARNEY, J. (1999) "The impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals", *New York University Journal of International Law and Politics* 31; 697-708.
- CHARLESWORTH, H. (2012) "Law-making and sources", en CRAWFORD, J. y KOSKENNIEMI, M. (eds.) *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: University Press; 187-200.
- CHESTERMAN, S. (2008) *The UN Security Council and the Rule of Law*, Viena/Nueva York: Federal Ministry for European and International Affairs/IIILJ-NYU School of Law.
- CRAWFORD, J. y KOSKENNIEMI, M. (eds.) (2011) *Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: University Press.

- CRAWFORD, N. C. (2000) “The Passion of World Politics: Propositions on Emotion and Emotional Relationships”, *International Security* 24 (4); 116-156.
- DAL MASO JARDIM, T. (2006) *O Brasil e o direito internacional dos conflitos armados*, Tomo I-II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- DE LA SERNA GALVÁN, M. L. (2011) “Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by the Security Council: Is the Security Council a Legislator for the Entire International Community?” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 11; 147-185.
- DE WET, E. (2004) *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford: Hart Publishers.
- DE WET, E. (2005) “The Security Council as a Law-Maker: The Adoption of (Quasi)-Legislative Decisions”, en WOLFRUM, R. y RÖBEN, V. (eds.) *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín: Springer; 184-225.
- DECAUX, E. (2011) “The place of human rights courts and international criminal courts in the international system”, *Journal of International Criminal Justice* 9(3); 597-608.
- DENIS, C. (2004) *Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité: portées et limites*, Bruselas: Bruylant.
- DEPLANO, R. (2015) “The Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Framework for Analysis”, *Emory International Law Review* 29; 2085-2112.
- DOLAN, Ch. J. (2005) *In War We Trust: The Bush Doctrine and the Pursuit of Just War*, Burlington: Ashgate Publishing.
- DUFFY, H. (2005) *The ‘War on Terror’ and the Framework of International Law*, Cambridge: University Press.
- DUPUY, P. M. (1999) “The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice”, *New York University Journal of International Law and Politics* 31; 791-807.
- EBERLING, B. (2005), ‘The *Ultra Vires* Character of Legislative Action by the Security Council’, *International Organizations Law Review* 2; 337-360.
- FASSBENDER, B. (1998) *UN Security Council Reform and the Right of Veto: a Constitutional Perspective*, La Haya: Kluwer.
- FASSBENDER, B. (2004) “The UN Security Council and International Terrorism”, en BIANCHI, A. (ed.) *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford: Hart Publishing; 83-102.
- FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G. (2004) “Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law”, *Michigan Journal of International Law* 25; 999-1046.
- GOLDSTONE, R. J. y SMITH, A. M. (2009) *International Judicial Institutions. The architecture of international justice at home and abroad*, Nueva York: Routledge.
- GOURGOURINIS, A. (2009) “Equity in International Law revisited (with special reference to the fragmentation of International Law)”, *American Society of International Law Proceedings* 103; 79-82.
- GOURGOURINIS, A. (2011) “General/particular international law and primary/secondary rules: unitary terminology of a fragmented system”, *European Journal of International Law* 22(4); 993-1026.
- GOWLLAND-DEBBAS, V. (1994) “The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case”, *AJIL* 88; 643-677.
- GOWLLAND-DEBBAS, V. (2000) “The Functions of the United Nations Security Council in the International Legal System”, en BYERS, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford: University Press; 305-341.
- GUTIÉRREZ POSSE, H. D. T. (2014) *Elementos de derecho internacional humanitario*, Buenos Aires: Eudeba.

- HAFNER, G. (2004) “Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law”, *Michigan Journal of International Law* 25; 849-868.
- HAPPOLD, M. (2003) “SC Resolution 1373 and the Constitution of the UN”, *Leiden Journal of International Law* 16 (3); 593-610.
- HIGGINS, R. (1963) *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Londres/Oxford: University Press.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. (2008) “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political, and Practical Limits”, *ICLQ* 57; 333-359.
- HURD, I. (2007) *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*, Princeton: University Press.
- JACKSON, J.H (1999) “Fragmentation or unification among international institutions: the World Trade Organization”, *New York University Journal of International Law and Politics* 31; 823-831.
- JOHNSTONE, I. (2008) “Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing Down the Deliberative Deficit”, *AJIL* 102; 275-308.
- JOHNSTONE, I. (2010) “Legal Deliberation and Argumentation in International Decision Making”, en CHARLESWORTH, H. y COICAUD, J.-M. (eds.) *Fault Lines of International Legitimacy*, Cambridge: University Press; 175-203.
- KHREBTUKOVA, A. (2008) “A Call to Freedom: Towards a Philosophy of International Law in an Era of Fragmentation”, *Journal of International Law & International Relations* 4; 51-103.
- KLEIN, P. (2007) “Le Conseil de Sécurité et la lutte contre le terrorisme : dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands?”, *Revue québécoise de droit international* (hors-série) ; 133-147.
- KOCH, JR., C.H (2004) “Judicial dialogue for legal multiculturalism”, *Michigan Journal of International Law* 25; 879-902.
- KOSKENNIEMI, M. (2012) “Hegemonic Regimes”, en YOUNG, M. A. (ed.) *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, Cambridge: University Press; 305-324.
- KOSKENNIEMI, M. y LEINO, P. (2002) “Fragmentation of International Law: Postmodern anxieties”, *Leiden Journal of International Law* 15; 553-579.
- LAMB, S. (1999) “Legal Limits to United Nations Security Council Powers”, en GOODWIN-GILL, G. S. y TALMON, S. (eds.) *The Reality of International Law. Essays in honor of Ian Brownlie*, Oxford: Clarendon Press; 361-388.
- LAVALLE, R. (2004) “A novel, if awkward, exercise in international law-making: Security Council resolution 1540 (2004)”, *Netherlands International Law Review* 51 (3); 411-437.
- LAVRANOS, N. (2008) “The solange-method as a tool for regulating competing jurisdictions among international courts and tribunals”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 30; 275-333.
- LEATHLEY, C. (2007) “An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?”, *New York University Journal of International Law & Politics* 40; 259-306.
- LIXINSKI, L. (2010) “Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law”, *European Journal of International Law* 21(3); 585-604.
- LOWE V., ROBERTS, A., WELSH, J. y ZAUM, D. (2008) (eds.) *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Oxford: University Press.
- MANUSAMA, K. (2006) *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era: Applying the Principle of Legality*, Leiden/Dordrecht: Martinus Nijhoff.

- MARCUS, G. E. (2002) *The Sentimental Citizen: Emotion in Democratic Politics*, University Park, PA: Pennsylvania State University Press.
- MARSCHIK, A. (2005) “Legislative Powers of the Security Council”, en MACDONALD, R. S. J. y JOHNSTON, D. M. (eds.) *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Dordrecht: Nijhoff; 457–492.
- MARTINEAU, A.C. (2009) “The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law”, *Leiden Journal of International Law* 22; 1-28.
- MATHESON, M. J. (2006) *Council Unbound: The Growth of UN Decision Making on Conflict and Postconflict Issues after the Cold War*, Washington: US Institute of Peace Press.
- MCLAHAN, C. (2009) *Lis Pendens in International Litigation*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- MOIR, L. (2002) *The law of internal armed conflict*, Cambridge: University Press.
- MOÏSI, D. (2009) *The Geopolitics of Emotion. How Cultures of Fear, Humiliation, and Hope are Reshaping the World*, Nueva York: Anchor Books.
- NICOLAÏDIS, K. y TONG, J.L (2004) “Diversity or cacophony? The continuing debate over new sources of International Law”, *Michigan Journal of International Law* 25; 1349-1375.
- OLÁSULO ALONSO, H. y PÉREZ CEPEDA, A. I. (2008) *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- OLIVIER, C. (2004) “Human Rights Law and the International Fight against Terrorism: How do Security Council Resolutions Impact on States’ Obligations Under International Human Rights Law?”, *NJIL* 73; 399-419.
- OLSON, L. M. (2009) “Practical challenges of implementing the complementarity between international humanitarian and human rights law—demonstrated by the procedural regulation of internment in non-international armed conflict”, *Case Western Reserve Journal of International Law* 40; 437-461.
- ORAKHELASHVILI, A. (2008) “The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?”, *European Journal of International Law* 19(1); 161-182.
- ORAKHELASHVILI, A. (2011) “International Law, International Politics and Ideology”, en ORAKHELASHVILI, A. (ed.) *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar; 328-375.
- PAULUS, A. L. (2005) “*Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation — An Attempt at a Reappraisal”, *Nordic Journal of International Law* 74; 297-334.
- PAUWELYN, J. (2008) “Fragmentation of International Law”, en WOLFRUM, R. (ed.) *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: University Press, edición online, disponible en <www.mpepil.com> (última consulta: 2 de enero de 2016).
- PETERSMANN, E.U. (2006) “Justice as conflict resolution: proliferation, fragmentation, and decentralization of dispute settlement in international trade”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 27; 273- 366.
- PINTO, M. (1999) “Fragmentation or Unification among International Institutions: Human Rights Tribunals”, *New York Journal of International Law & Politics* 31; 833 842.
- POPOVSKI, V. (2014) “The Legislative Role of the Security Council’s Thematic Resolutions”, en POPOVSKI, V. y FRASER, T. (2014) (eds.) *The Security Council as Global Legislator*, Londres/Nueva York: Routledge; 1-11.
- PROST, M. (2012) *The Concept of Unity in Public International Law*, Oxford: Hart Publishing Ltd.
- PROST, M. y KINGSLEY CLARK, P. (2006) “Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?”, *Chinese Journal of International Law* 5; 341-370.
- RAO, P. S. (2004) “Multiple International Judicial Forums: a Reflection of the Growing

- Strength or International Law or its Fragmentation?”, *Michigan Journal of International Law* 25; 929-961.
- ROMANO, C. (1999) “The proliferation of International Judicial Bodies: the pieces of a puzzle”, *New York Journal of International Law & Politics* 31; 709-751.
- ROMANO, C. (2007) “El lado oscuro de la luna: Fragmentación de las instituciones que aplican normas internacionales”, *Revista Puente @ Europa*, Año V, N° 2, Junio 2007.
- ROSAND, E. (2003) “Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism”, *AJIL* 97; 333-341.
- ROSAND, E. (2004) “The Security Council as “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?”, *Fordham International Law Journal* 28 (3); 542-590.
- ROSS, A. A. G. (2014) *Mixed Emotions. Between Fear and Hatred in International Conflict*, Chicago: University of Chicago Press.
- SALMON, E. (2013) *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3ª edición, Lima: IDEH/PUCP y Comité Internacional de la Cruz Roja.
- SAMSON, M. (2011) “High hopes, scant resources: a word of skepticism about the anti-fragmentation function of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Leiden Journal of International Law* 24(3); 701-714.
- SANG, W.D.H (2006) “Decentralized proliferation of international judicial bodies”, *Journal of Transnational Law & Policy* 16; 101-122.
- SASLEY, B. E. (2011) “Theorizing States’ Emotions”, *International Studies Review* 13; 452-476.
- SATO, T. (2001) “The Legitimacy of Security Council Activities under Chapter VII of the UN Charter since the End of the Cold War”, en COICAUD, J.-M. y HEISKANEN, V. (eds.) *The Legitimacy of International Organizations*, Tokio: UNU Press; 309-352.
- SAUL, B. (2008) *Defining Terrorism in International Law*, Oxford: University Press.
- SCHABAS, W.A. (2011) “Synergy or fragmentation? International criminal law and the European Convention on Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice* 9(3); 609-632.
- SHANY, J. (2003) *The competing jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford: University Press.
- SHAW, M. N. (2008) *International Law*, 6ª edición, Cambridge: University Press.
- SIMMA, B. (2002²) (ed.) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford: University Press.
- SIMMA, B. (2004) “Fragmentation in a positive light”, *Michigan Journal of International Law* 25; 845-847.
- SIMMA, B. (2009) “Universality of International Law from the perspective of the practitioner”, *European Journal of International Law* 20; 265-297.
- SIMMA, B. y PULKOWSKI, D. (2006) “Of planets and the universe: self-contained regimes in International Law”, *European Journal of International Law* 17; 483-529.
- SINGH, S. (2011) “The potential of International Law: fragmentation and ethics”, *Leiden Journal of International Law* 24(1), 23-43.
- SONNENFELD, R. (1990) *Resolutions of the United Nations Security Council*, Leiden/Dordrecht: Nijhoff.
- SREENIVASA RAO, P. (2004) “Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of International Law or its fragmentation?”, *Michigan Journal of International Law* 25; 929-961.
- SZASZ, P. C. (2002) “The Security Council Starts Legislating”, *AJIL* 96; 901-905;
- TALMON, S. (2005) “The Security Council as World Legislator”, *AJIL* 99; 175- 193.
- TERCINET, J. (2004) “Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité: le Conseil de Sécurité peut-il légiférer?”, *RBDI* 37; 529-551.
- THOMPSON, P. G. (2003) *Foreign Direct Investment and War: Economic Deterrence to Armed Conflict*, Los Angeles: University of California Press.

- TIBA, F.K. (2007) “What caused the multiplicity of international courts and tribunals?”, *Gonzaga Journal of International Law* 10; 202-226.
- TREVES, T. (2005) “Judicial lawmaking in an era of ‘Proliferation’ of international courts and tribunals: development or fragmentation of international law?”, en WOLFRUM R. Y ROSEN V. (eds.) *Development of International Law in Treaty Making*, Berlín: Max-Planck-Institut, Vol.177, 587-620.
- VAN AAKEN, A. (2006) “Fragmentation of International Law: The case of International Investment Law”, *Finnish Yearbook of International Law* 17; 91-130.
- VAN AAKEN, A. (2009) “Defragmentation of Public International Law through interpretation: A methodological proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16; 483-512.
- VAN ENGELAND, A. (2011) “Human Rights strategies to avoid fragmentation of International Law as a threat to the peace. The Islamic Republic of Iran as a case Study”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law* 5; 25-47.
- VINUESA, R. E. (2011) “Diferencias y convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (ed.) *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Buenos Aires: Errepar; 313-326.
- WELLENS, K. (2004) “Fragmentation of International Law and establishing an accountability regime for international organizations: the role of the judiciary in closing the gap”, *Michigan Journal of International Law* 25; 1159-1181.
- WINKELMANN, I. (2002) “Security Council”, en Volger, H. (ed.) *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, La Haya/Londres/Nueva York: Kluwer Law International; 497-505.
- WOOD, M. (1998) “The Interpretation of Security Council Resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2; 73-95.
- WORSTER, W.T. (2008) “Competition and comity in the fragmentation of International Law”, *Brooklyn Journal of International Law* 34; 119-149.
- WOUTERS, J. y ODERMATT, J. (2013) *Quis custodiet consilium securitatis? Reflections on the Lawmaking Powers of the Security Council* (Working Paper nº 109), Lovaina: Leuven Center for Global Governance Studies & KU Leuven.
- WYATT, J. (2010) “Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict”, *International Review of the Red Cross* 879; 593-646.
- YEMIN, E. (1996) *Legislative Powers in the United Nations and Specialised Agencies*, Leiden: A.W. Sijthoff.
- YOUNG, M. A. (2012) “Introduction: the productive friction between regimes”, en YOUNG, M. A. (ed.) *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, Cambridge: University Press; 1-19.

Repensando el *ius ad bellum* y el *ius in bello*: hacia un estudio de su relación en el contexto de un derecho internacional fragmentado

Magdalena Legris

En la guerra, los hombres son desprovistos de su propiedad, de su libertad y de su vida (...) hacer eso sin justa causa es malvado, dado que si estuviese permitido los hombres podrían matarse entre sí sin causa.

FRANCISCO SUAREZ, *De Bello et de Indis*.¹

Introducción

De acuerdo a una clásica definición, el derecho internacional público es un “sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional”.² A su vez, la evolución del derecho internacional público en los últimos 50 años ha implicado que ese ordenamiento de carácter general no resulte suficiente para atender la pluralidad de situaciones que pueden caer bajo su órbita, por lo que, como consecuencia necesaria, han aparecido diversos subsistemas o regímenes especializados con altos grados de autonomía normativa.³

Entre estos regímenes especializados, o subsistemas normativos, podemos identificar el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. El *ius ad bellum* es aquel que regula el uso de la fuerza en el derecho internacional. Se trata de uno de los pilares fundacionales del derecho internacional moderno, puesto que, si bien a nivel interno cada Estado tiene amplia discrecionalidad para utilizar la fuerza, en el plano internacional es imperativo que su uso sea mínimo y ejercido sólo en situaciones altamente excepcionales.⁴

Este subsistema reconoce sus orígenes en la doctrina de la guerra justa,⁵ la cual planteaba que el recurso a la guerra podía estar justificado en determinadas ocasiones, y siempre que se cumpliera con determinados requisitos. En la actualidad, el uso de la fuerza se encuentra regulado en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual establece la obligación general para los Estados parte de abstenerse a utilizar la fuerza armada en sus relaciones internacionales.

¹ Citado en MERON (1998:20). La traducción es propia.

² MONCAYO, VINUESA, GUTIERREZ POSSE (1997:14).

³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, párr. 8; “Indeed, it appears that in view of the diversity of contemporary international law, fragmentation rather than community has become the key term to describe contemporary international society. According to the fragmentation critique, the increasing compartmentalization of international society requires specifically tailored solutions to common and indeed collective action problems of states. Legal regimes need to be specific, not general. The lofty abstractness of classical international law leads it to oblivion.” PAULUS (2009:51).

⁴ SHAW (2008:1118).

⁵ MOUSSA (2008:966).

El *ius in bello*, por su parte, es aquel sistema normativo que regula la conducción de las hostilidades. Es decir que, una vez que el uso de la fuerza se ha concretado y se ha configurado un conflicto armado, el *ius in bello* o derecho internacional humanitario entra en juego, limitando los medios y métodos de combate que pueden ser utilizados por las partes en un enfrentamiento, así como protegiendo a quienes no intervienen en él.

El derecho internacional humanitario se encuentra regulado por varios instrumentos internacionales,⁶ así como por diversas normas consuetudinarias, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se aplica independientemente de la legalidad o no del uso de la fuerza armada, por lo que no cabe realizar distinción alguna entre agresor y agredido a los fines de determinar la vigencia del *ius in bello*.

El *ius in bello* y el *ius ad bellum*, entonces, se encuentran integrados por distintas normas, operan en ámbitos diferentes y son independientes el uno del otro.

No obstante la alta especialización y supuesta independencia de ambos cuerpos normativos, este trabajo plantea que la separación entre estos regímenes, al menos en su formulación diacrónica, no es inherente a ellos, sino que parecería forzada. Si bien la escisión entre ambos subsistemas normativos resulta favorable desde un punto de vista humanitario a los efectos de otorgar una mayor protección, como se concluirá, lo cierto es que cuestiones históricas y jurídicas invitan a la reflexión sobre la naturaleza de esta división, pues su relación supo ser una de subordinación y no de independencia. Se trata entonces de buscar un fundamento para justificar su apartamiento conceptual en términos teóricos y su aplicación diferenciada en términos prácticos.

Esta proposición inicial dispara varios interrogantes: en primer lugar, ¿cuál era la relación entre las dos ramas en su época premoderna?; en segundo lugar, ¿cuáles fueron las causas que provocaron la división entre ambos?; y en tercer lugar, ¿cuáles son las consecuencias actuales de que ambos regímenes sean en teoría “autónomos e independientes”?

1. Aproximaciones históricas a la relación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*

En torno a la relación entre estos dos regímenes, se pueden hallar ciertas referencias a la doctrina de la guerra justa en la antigua Grecia,⁷ así como a un incipiente *ius in bello*.⁸ Sin embargo, parecen haber sido los romanos quienes acuñaron la noción de *iustum bellum* y la desarrollaron, principalmente a través de la obra de Cicerón. Para este

⁶ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 75 UNTS 31, firmado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 75 UNTS 85, firmado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 75 UNTS 135, firmado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950; IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 75 UNTS 287, firmado el 12 de agosto de 1949; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1125 UNTS 3, firmado el 8 de junio 1977, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978; Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1125 UNTS 609, firmado el 8 de junio de 1977, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978; entre otros.

⁷ Sobre este tema ver BUIS (2014:23-56).

⁸ LANNI (2008:470).

autor, los actos violentos se presentaban precedidos de una causa que los justificase, ya que de lo contrario se pondría en peligro las buenas relaciones con los dioses.⁹ Asimismo, afirmaba que las acciones que se llevaran a cabo en el marco de los enfrentamientos debían ser realizadas con mesura, respetando ciertas reglas y costumbres y evitando los excesos.¹⁰

Sin embargo, la relación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello* alcanza su punto máximo de contacto en la Edad Media, cuando no sólo estaba ampliamente difundido el concepto de guerra justa, sino que también había un alto grado de desarrollo de las normas relativas a la conducción de las hostilidades.

1.1. La doctrina de la guerra justa

El *ius ad bellum* en la Edad Media estaba íntimamente ligado a la doctrina de la guerra justa. Esto implicaba que la única forma en que el uso de la fuerza de una nación contra otra estuviera justificado, era que quien la utilizase tuviera una “causa justa” para recurrir a ella.¹¹

Dadas las dificultades para determinar cuál causa era justa y cuál no, puesto que ambas partes en un conflicto aducían que la suya era la causa justa y la del adversario, la injusta, y ante la falta de organismos con jurisdicción para dirimir esta cuestión, la doctrina medieval, encabezada por San Agustín y luego retomada por Santo Tomás de Aquino, estableció ciertos requisitos que una guerra debía cumplir para poder ser considerada “justa”: entre ellos, se solía decir que la guerra debía ser declarada por una autoridad, es decir por el Estado; en segundo lugar, que quienes fueran atacados lo merecieran por alguna causa. Finalmente, se requería que fuese recta la intención de los contendientes; es decir, una intención encaminada a promover el bien o a evitar el mal.¹²

Asimismo, la doctrina medieval solía reconocer tres causas que justificaban el recurso a la guerra: defensa contra un ataque, la recuperación de algo que ha sido tomado ilegítimamente, y el castigo de un mal.¹³

1.2. Las normas relativas a la conducción de las hostilidades

Luego del comienzo de las hostilidades, había ciertas reglas que los contendientes debían respetar, conocidas también como “*ius armorum*”.¹⁴ Estas normas tenían su origen en la costumbre, en los códigos de caballería, y en ordenanzas reales emitidas por los soberanos (una suerte de código de conducta para las tropas).¹⁵

Entre las mencionadas normas, podemos detallar la prohibición del uso de armas envenenadas, la prohibición de la perfidia, la protección especial de niños y mujeres, la protección de la propiedad privada de civiles, normas relativas al tratamiento de prisioneros de guerra, cuestiones relativas a las inmunidades de quienes asistían a los combatientes, entre otras.

⁹ FERNÁNDEZ BAQUERO (1998:167).

¹⁰ MESQUIATTI (2014:75-76).

¹¹ COVERDALE (2004: 226).

¹² JOHNSON (1998: 8).

¹³ COVERDALE (2004:229-230).

¹⁴ KOLB (1997:559).

¹⁵ MERON (1993:7-10).

Como se observa, existía un gran desarrollo respecto de las leyes de la guerra en la Edad Media, y, aun sin tratarse de normas escritas, tenían un alto grado de cumplimiento. Especialmente, los códigos que regían las conductas de los caballeros, regulaban acabadamente las reglas relativas a la conducción de las hostilidades, y pese a que eran, en principio, aplicables sólo a quienes revistieran esa calidad, suponían una buena base para el desarrollo del *ius armorum*. De hecho, autores como MERON¹⁶ han llegado incluso a afirmar que este tipo de normas, basadas principalmente en el honor, no han encontrado sustituto en la letra de la ley actual, puesto que no hay ningún principio moral que obligue a su cumplimiento.

1.3. Subordinación del *ius in bello* al *ius ad bellum*.

Resulta interesante que, a pesar de la especificidad de las leyes de la guerra, éstas no eran aplicables con prescindencia de la causa que hubiese llevado a los enfrentamientos. Tal es así que la causa justa de la guerra era la que determinaba que los códigos de caballería, y el *ius armorum* en general fueran aplicables. Una causa justa era esencial para determinar la titularidad de las tropas sobre los botines de guerra, el goce de privilegios como combatientes y la protección de las leyes de la guerra.¹⁷

Uno de los temas más interesantes que se plantean con respecto a la subordinación del *ius in bello* al *ius ad bellum* es el caso de los prisioneros de guerra. Si bien el instituto del prisionero de guerra era significativamente distinto de la forma en la que es regulado en la actualidad,¹⁸ en la Edad Media implicaba, al menos, que aquellas personas que eran capturadas durante el combate, no podían ser ejecutadas por sus captores, lo cual otorgaba un cierto grado de protección.¹⁹

Sin perjuicio de ello, sólo quienes estuvieran peleando por una causa justa podían ser considerados combatientes regulares, y como tales, estar sujetos a la protección que el *ius armorum* proveía. Quienes luchaban por una causa injusta eran combatientes irregulares, puesto que aquél cuya causa no era justa, no estaba luchando por un objetivo legítimo, y de esa manera no podía pretender estar amparado por la ley. Ni la guerra injusta ni aquellos peleando en ella tenían “*standing in law*”.²⁰

1.4. Justificaciones discursivas y apología de la guerra

Se presentaba, entonces, un gran problema al momento de determinar quién peleaba por una causa justa y quién por una injusta,²¹ ya que todos aquellos que se veían involucrados en un conflicto armado intentaban justificar su acción a los efectos de poder contar con la aplicación de las leyes de la guerra.²²

Teniendo en cuenta aquello, los contendientes aducían causas justas, creando así la justificación para su enfrentamiento. Como contrapartida, si una violación a esas normas era provocada por alguno de los contendientes, éste aduciría que la causa del adversario no era justa, por lo que las normas relativas a la conducción de hostilidades no

¹⁶ MERON (2000:302-303).

¹⁷ MERON (1993:42).

¹⁸ Convención de Ginebra III relativa al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949.

¹⁹ MERON (1993: 44).

²⁰ MERON (1993:44).

²¹ BUGNION (2002:523).

²² PICTET (1985:14).

beneficiarían al beligerante injusto, y esto, a su turno, evitaba el reproche para quien incumpliera dichas previsiones.

De esta manera, si bien el *ius in bello* contaba con un alto grado de cumplimiento por los contendientes en un enfrentamiento bélico, siempre existía la posibilidad de sortear sus exigencias basándose en la injusticia de la causa del “otro”.

Como se ha tratado de demostrar hasta aquí, la causa justa de la guerra determinaba la aplicación de un estándar de protección más amplio para quien esgrimiera dicha causa. Esto implica que ambos regímenes eran absolutamente dependientes, *a contrario sensu* de lo que sucede hoy en día.

La lógica jurídica que parecería subyacer a esta relación puede encontrarse en la doctrina del fruto del árbol venenoso. Esta teoría, acuñada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos referida a la valoración probatoria en materia penal,²³ implica que cuando la prueba que intenta hacerse valer en un juicio, ha sido obtenida en forma ilegal (por ejemplo, a través de un allanamiento sin autorización judicial),²⁴ ella no puede ser valorada, en tanto la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental.²⁵ En otros términos, si una acción es ilegal, lo lógico es que todas las acciones que se deriven de dicho acto, también estén viciadas. De esta forma, y en relación con las causas justas para utilizar la fuerza, si un ataque era ilegal, todas las consecuencias derivadas de éste resultaban ilegales también, y como consecuencia, el soberano que llevaba adelante una guerra injusta, y por ende, ilegal, no gozaba de la protección de la ley, así como tampoco quienes estuvieran sometidos a su autoridad.

2. De la subordinación a la independencia

Esta concepción medieval de la relación entre la causa justa y las restricciones bélicas comenzó a cambiar hacia el siglo XVII. GROCIO, en su obra *De iure belli ac pacis*, planteó un gran avance en lo que respecta a la conducción de las hostilidades y a la protección en el marco de un conflicto armado, pero su doctrina seguía estando teñida de referencias a la licitud de la guerra, por lo que las normas a las que se alude en sus escritos sólo eran aplicables a los contendientes de una guerra justa.²⁶

Con el advenimiento de los Estados-nación a partir de la Paz de Westfalia, la guerra se convirtió en un método de solución de controversias.²⁷ Ya no sería vista como una acción justa, sino que se vuelve un instrumento de alta política nacional y se transforma en una situación de hecho, por lo que se la comienza a regular en sentido formal, estableciendo medios y métodos de combate más allá de consideraciones sobre su licitud.²⁸

También es un hecho significativo que la Paz de Westfalia no estableció meramente la igualdad soberana de los Estados, sino que estableció la igualdad soberana entre los Estados “civilizados”. El *ius gentium* pasó a ser un derecho internacional entre

²³ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, sentencia del 26 de enero de 1920.

²⁴ MAIER (1996: 695).

²⁵ CAFFERATA NORES (1994: 14).

²⁶ CAMPBELL (2001: 23,250).

²⁷ BUGNION (2002:526).

²⁸ KOLB (1997:556-557).

naciones civilizadas, y esto a su vez, implicó que las naciones comenzaran a regular la conducción de hostilidades, “civilizando” la guerra, y evitando los excesos.²⁹

Por otro lado, la Revolución Francesa y el cambio en las relaciones entre el Estado y el individuo, son una fuente clara para el posterior desarrollo del derecho internacional humanitario.³⁰ Los monarcas pierden su poder absoluto, no pudiendo disponer de la vida de los ciudadanos en forma arbitraria, y por esa razón comienzan a tener mayor relevancia todas las normas referentes a su protección.

En este sentido fue revolucionario el trabajo de ROUSSEAU, uno de los pensadores cuyas ideas fueron basamento de la Revolución Francesa, en tanto éste planteó la guerra como una relación de Estado a Estado, y no de hombre a hombre. En función de ello, propone que siendo el objetivo de la guerra la destrucción del Estado enemigo, existe el derecho de matar a sus defensores mientras tengan las armas en la mano, pero luego que las deponen y se rinden, dejando de ser enemigos o instrumentos del enemigo, vuelven de nuevo a ser sólo hombres, y cesa entonces el derecho a quitarles la vida.³¹ Dicha afirmación no hace mención alguna a la causa de la guerra, de modo que aquellos que deponen las armas merecen protección y trato humano sin consideración del *casus belli*.

Asimismo, la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja en 1863, y la promoción del pionero Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, fueron cimentando el camino para la creación de un *corpus iuris* autónomo de consideraciones en torno al *ius ad bellum*.³²

Finalmente, con la creación de las Naciones Unidas en 1945, se estableció mediante el artículo 2.4 de su instrumento fundacional la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza armada,³³ dejando abierta la posibilidad a través del artículo 51 de que los Estados recurriesen a ella en el caso de legítima defensa.³⁴

Y por otro lado, tal como se afirmó al comienzo de este trabajo, los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron en su artículo 2 común que ellos debían ser aplicados a todos aquellos casos de conflicto armado, consagrándose su aplicación uniforme para todas las partes de un conflicto armado.³⁵ Con estos instrumentos queda legalmente establecida la diferenciación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*.

²⁹ PENDAS (2007:38-39).

³⁰ SANCHEZ (1991).

³¹ VILLAVARDE (2004:51).

³² Por ejemplo, el artículo 6 de este Convenio establece que “Los militares heridos o enfermos serán recogidos y cuidados, sea cual fuere la nación a que pertenezcan”.

³³ Este artículo establece: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

³⁴ “In 1945 the founding members of the United Nations created a new system of collective security in the Charter, which not only proscribed war but prohibited the use of force in general. The new system consisted essentially of two complementary propositions: on the one hand, it limited the legal use of force between member states to self-defence and on the other, charged the Security Council with the responsibility of monitoring the international use of force, to assess its legality, and to take appropriate measures for restoring peace in case it found the use illegal”. Cf. ZEMANEK (2008:287). Ver también KRETZMER (2013).

³⁵ Artículo 2: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará, en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el Estado de guerra.”

Asimismo, la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, en especial la que surgió a partir de la llamada “era de Nuremberg”, reafirmó la separación entre estos cuerpos normativos, sentando que las leyes de la guerra eran aplicables y debían ser respetadas por todas las partes involucradas en un conflicto armado, más allá de las causas que hubieran llevado al enfrentamiento.³⁶

LAUTERPACHT, en un estudio sobre la causa de la división entre ambos regímenes, propuso tres razones: en primer lugar, porque pese a que el uso de la fuerza estaba prohibido, las guerras se iban a seguir sucediendo, por lo que las reglas del *ius in bello* humanizaban, al menos en alguna medida, la conducción de las hostilidades; en segundo lugar, por lo dificultoso de determinar quién llevaba adelante un uso legítimo de la fuerza; y en tercer lugar, luego de realizar un análisis de la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, observó que la gran mayoría de las decisiones judiciales abogaban por la aplicación uniforme del *ius in bello*.

Sin embargo, este autor, a pesar de su férrea defensa de la aplicación uniforme de las leyes de la guerra, admitió que las razones para aplicar el *ius in bello* son meramente pragmáticas, pero que desde una óptica de lógica legal, es coherente sostener que nadie puede beneficiarse de sus propios actos perversos, lo cual responde a la máxima *ex iniuria non oritur ius*.³⁷

En relación con la separación entre ambos regímenes, y respecto a la problemática de la fragmentación del derecho internacional, se presenta en el caso una situación paradójica: esto es, ambos cuerpos normativos quedan consagrados como independientes el uno del otro, sin embargo, el *ius ad bellum* establece una prohibición general de usar la fuerza (aunque con las excepciones de la acción colectiva del Consejo de Seguridad y la legítima defensa del artículo 51 de la Carta), mientras que el *ius in bello* regula la forma en que deben llevarse a cabo las hostilidades. Ello supone una contradicción en sí misma, pues es del todo cuestionable que una actividad que se encuentra prohibida, sea, a su vez, regulada.

Si bien, tal como señala LAUTERPACHT, resulta razonable reglamentar los conflictos armados, pues ellos se seguirán sucediendo pese a la prohibición genérica establecida en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, lo cierto es que ello podría llevar a interpretar que la prohibición de usar la fuerza es más flexible de lo que supone su formulación en el mencionado instrumento, pues su uso se encuentra expresamente previsto por otro cuerpo normativo.

3. Consecuencias de una fragmentación “forzada”

Cómo se dijo al comienzo, la división entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, tiene estrecha relación con una intención de humanizar la guerra. Toda la protección que brinda el *ius in bello* en el marco de un conflicto armado es altamente deseable y resulta

³⁶ “At the outset, we desire to point out that international law makes no distinction between a lawful and an unlawful occupant in dealing with the respective duties of occupant and population in occupied territory (...) We concur in the views expressed in the following text on the subject: ‘Whatever may be the cause of a war that has broken out, and whether or not the cause be a so-called just cause, the same rules of international law are valid as to what must not be done, may be done, and must be done by the belligerents themselves in making war against each other, and as between the belligerents and neutral states. (...) The rules of international law apply to war from whatever cause it originates’”. Tribunal Militar de Nuremberg, “Caso de los Rehenes” (“United States v. List and others”), sentencia del 19 de febrero de 1948.

³⁷ LAUTERPACHT (1953:206).

especialmente importante que dicha protección sea aplicada sin consideraciones respecto de las causas del enfrentamiento.

Sin embargo, parecería, a partir de lo expuesto en este trabajo, que la fragmentación no se presenta como inherente a los mencionados regímenes. ¿Responde entonces a razones humanitarias? La respuesta es afirmativa, y es claro que es positiva, pero a su vez, al haberse dado esta separación de manera forzada a fin de que el derecho internacional humanitario pueda ser aplicado ante cualquier tipo de enfrentamiento —ya sea legítimo o no—, encontramos varias consecuencias.

Por un lado, la fragmentación o separación de estos regímenes permite que se siga cuestionando la aplicación independiente de ambos, lo que resulta evidente ante la gran cantidad de autores que se han dedicado a tratar este tema.³⁸

Otra cuestión a tener en cuenta es que la misma práctica internacional ha demostrado que la cuestión no se encuentra superada en forma total. Por ejemplo, tal como GARDAM señala, de un análisis de la estrategia militar desplegada por las fuerzas de la coalición en la Guerra del Golfo de 1990, parecería desprenderse que ante el ataque claramente ilegal realizado por Irak hacia Kuwait, y frente a una opinión pública alineada con la postura intervencionista, la coalición planteó una intervención sin tomar en consideración las pérdidas civiles para el Estado injustamente agresor.³⁹ De esta forma, toda vez que Irak fue el agresor, parecía merecer en menor medida de la protección de las normas del *ius in bello*, reservando éstas para los Estados de la coalición, quienes estaban realizando un ataque justo (y moralmente apoyado por la comunidad internacional), de acuerdo con las normas del *ius ad bellum* y avalado por una resolución del Consejo de Seguridad.⁴⁰

Algo similar ocurrió en el caso de Kosovo. Ante la justificada intervención militar en dicho territorio, las fuerzas de la Organización del Tratado del Atlántico Norte planearon una guerra “sin riesgos”: esto es, bombardeos a 15 mil pies de altura, lo cual evitaba riesgos para los tripulantes de las aeronaves, pero menguaba la precisión en detrimento de civiles y bienes protegidos. Sin embargo, el accionar de la OTAN no fue tan criticado, puesto que el fin que perseguía dicha intervención, es decir proteger a los habitantes de Kosovo de una limpieza étnica, justificaba los daños causados por dicho ataque.⁴¹

Asimismo, la denominada “guerra contra el terror”, planteada por Estados Unidos luego de los eventos del 11 de septiembre de 2001, también ha reavivado el debate sobre la guerra justa y la aplicación uniforme de las leyes de la guerra. Cabe señalar que este Estado en forma unilateral ha catalogado al conflicto que tiene con el terrorismo como una “guerra”, sin que la tipología del enfrentamiento esté en conformidad con las previsiones del derecho internacional humanitario para que éste pueda ser considerado un conflicto armado.⁴² Pero no sólo la ha denominado una guerra, sino que explícitamente ha proclamado la justicia de su causa.⁴³ En aras de esta

³⁸ Ver, entre otros: ROBERTS (2008), MOUSSA (2008), GREENWOOD (1983).

³⁹ GARDAM (1993:411-412).

⁴⁰ Resolución 678 del Consejo de Seguridad.

⁴¹ WEILER Y DESHMAN (2013:44).

⁴² MILANOVIC (2007).

⁴³ En este sentido, el discurso del entonces presidente de los Estados Unidos George Bush al Congreso, pronunciado el 20 de septiembre de 2001, específicamente hace alusión a la justificación moral de su causa: “Freedom and fear, justice and cruelty, have always been at war, and we know that God is not neutral between them. Fellow citizens, we’ll meet violence with patient justice - assured of the rightness of our cause, and confident of the victories to come”. Texto disponible en:

justificación, ha llevado adelante acciones armadas en territorios extranjeros, y ha calificado como combatientes ilegales a sus enemigos en este enfrentamiento.⁴⁴

Es interesante la postura de BIALKE, quien sostiene que Estados Unidos ha actuado en conformidad con el derecho internacional al catalogar a los miembros de Al Qaeda y a los talibanes como combatientes ilegales, puesto que aquellos que son capturados en un conflicto armado sin un uniforme distintivo no pueden gozar del estatuto de prisionero de guerra. Aun más, esta condición sólo podría ser otorgada a quienes se la han ganado, pues han participado en una guerra legítima y actuado acorde a sus prescripciones. De acuerdo a este autor, el caso de los miembros de Al-Qaeda y los talibanes no encuadraría en este presupuesto, puesto que las acciones ilegales que han llevado adelante en el marco de este enfrentamiento, así como su reticencia a alinearse con algún Estado en particular, no les permitirían obtener el estatuto de prisioneros de guerra.⁴⁵

Sin embargo, tampoco se reconoció la aplicabilidad del cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección de civiles en el marco de un conflicto armado. Así, se argumentó que de aplicarse las previsiones del derecho internacional humanitario en este particular conflicto armado, sin tener en cuenta la justicia de la causa por la que Estados Unidos se encuentra luchando, implicaría otorgar beneficios a los terroristas, a expensas de aquellos a quienes éstos atacan.⁴⁶

Por último, de la Opinión Consultiva relativa a las armas nucleares⁴⁷ de la Corte Internacional de Justicia, surge que la separación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello* no es total. Frente a la consulta realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas respecto a si era lícita la amenaza de uso o uso de armas nucleares en el derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que si bien podía concluirse que en líneas generales el uso de las armas nucleares sería contrario a las reglas y principios del derecho internacional humanitario, no podía afirmar en forma definitiva que en un caso extremo de legítima defensa, en que la misma supervivencia del Estado estuviera en juego, éstas estarían prohibidas.⁴⁸

Al haber argumentado que cuestiones de legítima defensa permitirían violar casi todos, sino todos, los principios del derecho internacional humanitario, supeditó nuevamente la aplicación del *ius in bello* al *ius ad bellum*.⁴⁹ Es decir, que si un Estado sufriera una agresión ilegítima que pusiera en riesgo su supervivencia, y como consecuencia se defendiera realizando un ataque nuclear,⁵⁰ éste estaría justificado, a diferencia del ataque inicial del agresor, y por tanto, se toleraría la violación de todas las

<<http://www.theguardian.com/world/2001/sep/21/september11.usa13>>, [última consulta: 24 de octubre de 2014].

⁴⁴ Razón por la cual, estos “criminales comunes” no gozarían de privilegios como combatientes, ni tampoco podrían invocar el estatuto de prisioneros de guerra en caso de ser capturados.

⁴⁵ BIALKE (2004:2).

⁴⁶ BRADFORD (2004:860).

⁴⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, 8 de julio de 1996.

⁴⁸ “However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake”, Ibid, párr. 105.

⁴⁹ DAVID (1997:32).

⁵⁰ Ataque que no respetaría los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar, precautorio, entre otros.

normas *in bello* que son, de acuerdo a las Convenciones de Ginebra, debidas igualmente a ambas partes del conflicto.

En palabras de SASSOLI, si el uso de armas nucleares fuese legal en situaciones de extrema legítima defensa, esto implicaría el fin del derecho internacional humanitario tal como lo conocemos, pues en casi todos los conflictos armados internacionales, una de las partes considera que está actuando en legítima defensa, y que su supervivencia está en juego; si esa situación pudiese justificar el uso de armas nucleares, también podría justificar la matanza de heridos y enfermos, y la tortura a prisioneros de guerra.⁵¹

Esta Opinión Consultiva del máximo órgano judicial de Naciones Unidas puso una vez más en la escena internacional la discusión sobre la aplicación uniforme de las normas del derecho internacional humanitario, y su posible subordinación a las normas del *ius ad bellum*.

4. Conclusiones

Todo lo expuesto hasta aquí demuestra que la separación entre ambos regímenes no es total, ni resulta del todo cierto que operan témporo-espacialmente en órbitas distintas, a pesar de las mejores intenciones de la legislación, la jurisprudencia, y la doctrina.

Creo que en buena medida, la larga tradición de dependencia que estos regímenes han tenido desde sus inicios es todavía difícil de superar. En este sentido, parecería ser que la relación histórica entre ambos subsistemas aún sirve para justificar discursivamente acciones que, en un contexto de total separación, serían altamente cuestionadas.

En este marco, es posible que el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional pueda ofrecer una solución a la simbiosis que el *ius ad bellum* y el *ius in bello* han tenido a lo largo de su historia. Haciendo hincapié en la especialización de los regímenes, la fragmentación del derecho internacional se presentaría como un fenómeno favorable a ellos, si pudiese colaborar con la consolidación de la aplicación independiente de ambos sistemas normativos.

La compartimentalización que este proceso ha generado entre las distintas ramas del derecho internacional presentaría entonces, una faceta positiva, no creando simplemente “ansiedades posmodernas”.⁵² Así, se podría utilizar a este fenómeno como una forma de separar definitivamente al *ius ad bellum* y al *ius in bello*, y asegurar así su plena vigencia en cada una de las órbitas en las que operan, en forma autónoma.

Cabe aclarar que, por supuesto, aquellos Estados involucrados en un conflicto armado podrán incumplir tanto con las previsiones del *ius ad bellum* como del *ius in bello*, pero la importancia radica en que, de consagrarse la absoluta fragmentación entre ambos sistemas normativos, esos Estados serán responsables por la violación a cada uno de esos regímenes, en forma independiente, no pudiendo ampararse en la conformidad de sus acciones respecto de uno, para justificar su incumplimiento en relación con el otro.

⁵¹ SASSOLI (2007:251).

⁵² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, párr. 9; ver también KOSKENNIEMI y PÄIVI (2002).

Bibliografía

Bibliografía crítica

- BIALKE, J. P. (2004) “Al-Qaeda & Taliban unlawful combatant detainees, unlawful belligerency, and the International Laws of Armed Conflict”, *Air Force Law Review* 5, 1-85.
- BRADFORD, M. (2004) “Barbarians at the Gates: a Post-September 11th Proposal to Rationalize the Laws of War”, *Mississippi Law Journal* 73, 639-919.
- BUGNION, F. (2002) “Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross* 84, n° 847, 523-546.
- BUIS, E. J. “Tras el rapto de Helena: *Causae belli*, legítima defensa y el discurso apologético de la guerra en la antigua Grecia”, en BUIS, E. J. (dir.) (2014) *¿Justificar la guerra? Discursos y prácticas en torno a la legitimación del uso de la fuerza y su licitud en el Derecho Internacional*, Buenos Aires: Eudeba, 23-56.
- CAFFERATA NORES, J. I. (1994) *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Depalma
- CAMBELL, A. C. (2001) (ed.) *Hugo Grotius. On the Law of War and Peace*, Ontario: Batoche Books.
- COVERDALE, J. F. (2004) “An Introduction to the Just War Tradition”, *Pace International Law Review* 16 (2), 221-277.
- DAVID, E. (1997) “The Opinion of the International Court of Justice on the legality of the use of nuclear weapons”, *International Review of the Red Cross* 37, n° 316, 21-34.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E. (1998) “Regulaciones pacíficas en la Roma monárquica”, en MUÑOZ, F. A. y MOLINA RUEDA, B. (eds.) *Cosmovisiones de paz en el Mediterráneo antiguo y medieval*, Granada: Editorial de la Universidad, 153-189.
- GARDAM, J. J. (1993) “Proportionality and force in international law”, *American Journal of International Law* 87 (3), 391-413.
- GREENWOOD, C. (1983) “The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello*”, *Review of International Studies* 9 (4), 221-234.
- JOHNSON, J. T. (1998) “Just War Revisited”, en ABRAMS, E. (ed.) (1998) *Close calls: intervention, terrorism, missile defense, and ‘just war’ today*, Washington: Ethics and Public Policy Center, 3-38.
- KOLB, R. (1997) “Origin of the twin terms *ius ad bellum/ius in bello*”, *International Review of the Red Cross* 320, 553-562.
- KOSKENNIEMI, M. y PÄIVI, L. (2002) “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?” *Leiden Journal of International Law* 15, 553-579.
- KRETZMER, D. (2013) “The inherent right to self-defence and proportionality in *ius ad bellum*”, *European Journal of International Law* 24 (1), 235-282.
- LANNI, A. (2008) “The Laws of War in Ancient Greece”, *Law and History Review* 24 (3), 469-485.
- MAIER, J. B. J. (1996) *Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MERON, T. (1993) *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws: perspectives on the Law of War in the Later Middle Ages*, Oxford/Nueva York: Clarendon Press.
- MERON, T. (1998) *War Crimes Law comes of Age*, Nueva York: Oxford University Press.
- MERON, T. (2000) “International Humanitarian Law from Agincourt to Rome”, *International Law Studies* 75, 301-311.
- MESQUIATTI, C. “Roma y la cosmovisión ciceroniana de la guerra justa en época republicana”, en BUIS, E. J. (dir.) (2014) *¿Justificar la guerra? Discursos y prácticas en torno a la legitimación del uso de la fuerza y su licitud en el Derecho Internacional*, Buenos Aires: Eudeba, 57-82.

- MILANOVIC, M. (2007) “Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case”, *International Review of the Red Cross* 89, n° 866, 373-393.
- MONCAYO G., VINUESA, R. E., GUTIERREZ POSSE, H. (1997) *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires: Zavalía.
- MOUSSA, J. (2008) “Can *jus ad bellum* override *jus in bello*? Reaffirming the separation of the two bodies of law”, *International Review of the Red Cross* 872, 963-990.
- PAULUS, A. (2009) “International law and international community” en ARMSTRONG, D. (ed.) *Routledge Handbook of International Law*, Nueva York: Routledge, 44-54.
- PENDAS, D. O. (2007) “The Magical Scent of the Savage: Colonial Violence, the Crisis of Civilization, and the Origins of the Legalist Paradigm of War”, *Boston College International and Comparative Law Review* 30, 29-52.
- PICTET, J. (1985) *Development and Principles of International Humanitarian Law*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- ROBERTS, A. (2008) “The equal application of the laws of war: A principle under pressure”, *International Review of the Red Cross* 872, 931-962.
- VILLAVERDE, M. J. (2004) (ed.) *Jean Jacques Rousseau. El Contrato Social*, Madrid: Ediciones Istmo.
- SÁNCHEZ, R. (1991) “Vigencia de las ideas de la revolución francesa en la América latina del Siglo XX”, *Revista Historia Crítica de la Universidad de Los Andes* 5, 99-106.
- SASSOLI, M. (2007) “Ius ad Bellum and Ius in Bello – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or outdated?” en SCHMITT, M. N. y PEJIC, J. (2007) (eds.) *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 241-264.
- SHAW, M. N. (2008) *International Law*, Cambridge: University Press.
- SHEARER, I. (2007) “A Revival of the Just War Theory?” en SCHMITT, M. N. y PEJIC, J. (eds.) *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1-20.
- WEILER, J. H. H. y DESHMAN, A. (2013) “Far be it from thee to slay the righteous with the wicked: an historical and historiographical sketch of the bellicose debate concerning the distinction between *jus ad bellum* and *jus in bello*”, *European Journal of International Law* 24 (1), 25-61.
- ZEMANEK, K. (2008) “The Prohibition to use Force after Sixty Years of Abuse” en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. y WITTICH, S. (eds.) *International Law: Between Universalism and Fragmentation*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 287-316.

El viejo equilibrio: una aproximación discursiva al uso de las armas nucleares y la fragmentación

Benjamín Mauro Velázquez

“Pero cuando los desarmas, comienzas a ofenderlos, al mostrar que desconfías de ellos, o por vileza o por poca lealtad, y tanto una como otra opinión engendra odio contra ti.”

MAQUIAVELO

La utilización del discurso como medio de justificación es uno de los tantos mecanismos disponibles para que los Estados construyan legitimidad alrededor de sus actuaciones en la escena internacional. A lo largo del Siglo XX se han ensayado distintas explicaciones para procurar dar cuenta del valor que tiene la existencia de un saber, que será entendido a lo largo del presente capítulo como discurso, que funcione como marco conceptual a través del cual tabular las acciones realizadas por los Estados. Mas la construcción del ordenamiento jurídico internacional no pareciera venir supuesta en una estructura de sencilla aprehensión. Como ocurre en cualquier disciplina, el andamiaje discursivo supuesto por las normas jurídicas internacionales posee reglas de producción y reproducción propias. El fenómeno de la fragmentación se presenta entonces como uno de los elementos de la estructura discursiva en cuestión, funcionando en principio como agente distribuidor de sentido, a partir de un extendido entramado de clasificaciones y etiquetas. Sin embargo, esta tarea a la que se entrega el fenómeno no es una de menor jerarquía, puesto que supone la limitación de campos teóricos, que en el caso particular del derecho, pareciera traer aparejadas consecuencias del orden de lo práctico.

Como punto de partida habremos de abordar la problemática discursiva a partir de delimitar teóricamente qué entenderemos por discurso y cuáles son su posible contenido, estructura y sentido. En el siguiente apartado trataremos sucintamente la cuestión nuclear como ejemplo de paradigma de seguridad internacional, dando cuenta principalmente del valor discursivo de algunos de sus principales conceptos, como ser el de “terror nuclear” y “paraguas nuclear”, entre otros. En tercer lugar, y considerando que las armas nucleares dan cuenta discursivamente de un esquema de seguridad que supone la vulneración de principios centrales consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, abordaremos, teniendo en cuenta el fenómeno de la fragmentación, el análisis de la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares (“OC”) emitida por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) el 8 de julio de 1996. La hipótesis que funcionará como agente aglutinante de este capítulo supondrá que el análisis del discurso a través de las relaciones de poder que lo componen importa un cambio normativo que impediría el uso de armas nucleares aun en el caso en que se ponga en riesgo la existencia de un Estado.

El discurso, en tanto mecanismo con su propia lógica de funcionamiento y construcción, es decir, con su propia estructura, no debe ser entendido únicamente por

sus consecuencias prácticas sino también como una unidad en sí misma. Contiene, a la vez que sus propias reglas de producción y reproducción, unidades de funcionamiento que operativizan la estructura, dotando de un determinado sentido al lenguaje por éste contenido. Dichas unidades reciben el nombre de proposiciones¹ y expresan un determinado sentido que permite su inteligibilidad. Al valerse las mismas del lenguaje, y por ello de un pliego de sonidos determinado, debemos como punto de partida separarlas de su mera imagen acústica, la cual pertenece al reino del “habla” en tanto expresión de animalidad,² para entenderlas como unidades de lenguaje, con un sentido identificable, el cual permite en última instancia determinar que la relación entre una palabra/proposición y un concepto sea “x” y no “y”.³ Es por ello que nos referiremos a los conceptos como *proposiciones/conceptos* de manera de recordar en todo momento que los mismos importan un sentido determinado.

Toda utilización del discurso presupone, así como una determinada estructura lingüística, una determinada carga teórica en tanto expresión de relaciones de poder en una época determinada. Esto no significa otra cosa que, al utilizar una determinada proposición/concepto en lugar de otra, no se estaría realizando únicamente una decisión de estilo sino que dicha operatoria traería aparejada con sí necesariamente una decisión política, vinculada a una voluntad de poder.⁴ Una determinada estructura del lenguaje no puede sino dar cuenta de antiguas batallas, en las cuales se puede en última instancia rastrear su ontogénesis. La proposición/concepto funciona finalmente como una representación erosionada de una violencia determinada, traducida a lenguaje.⁵

Al igual que ocurre en otras disciplinas, hacia adentro de la teoría de las relaciones internacionales encontramos los más marcados antagonismos respecto del contenido y posibilidad de uso del discurso como justificativo para la actuación de los Estados.⁶ Por otro lado, un enfoque exclusivamente normativista procuraría dar cuenta de la existencia de consideraciones teóricas por las cuales la pretensión de construir legitimidad por vía discursiva es limitada, en el entendimiento de que el fenómeno de lo jurídico, y por ello lo legalmente válido, se encuentra lejos de cuestiones externas a la norma.⁷

A pesar de la multiplicidad de teorías que pretenden dar cuenta de su uso, la fuerza regulatoria del discurso de ningún modo se circunscribe puramente a una cuestión teórica, sino que trae aparejada en sí un determinado mecanismo de administración de poder y seguridad internacional, constitutivo del esquema de relaciones interestatales hoy vigente.

¹ DELEUZE (2008: 35 y ss).

² FOUCAULT (2008: 123).

³ DELEUZE (2008: 38).

⁴ FOUCAULT (1996: 15).

⁵ FOUCAULT (1996: 13).

⁶ Cf. en general CARR (1974); MORGENTHAU (1986); REUS-SMIT y SNIDAL (2008). En el primero de los autores citados encontramos el tronco conceptual del idealismo en las relaciones internacionales junto a una explicación del mismo por vía de los escritos de *La Paz Perpetua* de Immanuel Kant. El segundo de los autores supone una de las más acabadas miradas del realismo en las relaciones internacionales. Por último, el volumen de Oxford nos aporta una mirada contemporánea a la cuestión del discurso en las relaciones internacionales a través de un pliego numeroso de autores con enfoques teóricos distintos. En esta línea también cf. KOSKENNIEMI (2005).

⁷ Ver en general KELSEN (1965 y 2011).

1. De viejos y vetustos equilibrios

A partir del complejo proceso de construcción discursiva como consecuencia de la proliferación nuclear, es que entendemos de incomparable valor explicativo dar cuenta de algunas de las categorías desarrolladas a la luz de dicho contexto. Estas proposiciones/conceptos aportarán el andamiaje histórico y discursivo a partir del cual luego analizaremos la OC de la CIJ.

A comienzos de la década del '50, con la Organización de Naciones Unidas en proceso de consolidación como nuevo foro para discutir cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacional,⁸ entra en escena la articulación de una nueva política internacional en materia de relaciones interestaduales. Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el mundo quedó dividido en dos bloques alineados bajo el comando de las nacientes superpotencias: Estados Unidos de Norteamérica y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (“URSS”).

Este nuevo escenario internacional produjo como resultado un abultado número de conflictos tanto políticos como militares, que en su proyección mundial se conceptualizaría como “Guerra Fría”. Huelga decir que, a pesar de conocerse a éste como un período de “guerra”, el tipo de conflicto que tuvo lugar no podría ser explicado en los términos con que dicho concepto se entiende en el derecho internacional humanitario (“DIH”), dado que no llegarían nunca a producirse ataques armados entre las dos superpotencias. Esto último permite observar, a partir de la amplia utilización del concepto en cuestión, que la construcción discursiva de proposiciones/conceptos implica una puja por controlar los extremos de producción de saber, tanto en términos de una única estructura y la capacidad de dotar de un determinado sentido a una proposición/concepto hacia adentro del discurso, como entre estructuras, es decir hacia afuera del discurso en la inter-relación con otros saberes y disciplinas.

Sin embargo, la existencia de numerosos conflictos armados en los que ambos actores se vieron involucrados, desde la independencia de Corea a la crisis de los misiles en Cuba hasta las guerras de Checoslovaquia y Vietnam, supuso un nuevo tipo de tensiones vinculado principalmente a la disponibilidad de armamentos nucleares y el equilibrio propio de lo que se conoció con el eufemismo de “juego de suma cero”,⁹ dando cuenta de la capacidad de mutua destrucción asegurada en caso de comenzar una guerra con este tipo de tecnología. Este nuevo “juego” se vio asegurado por la introducción de la proposición/concepto de la posibilidad del “escalamiento”¹⁰ de cualquier conflicto a niveles nucleares, hecho que supuso el extremo más claro de tensión durante todo este período. En este nuevo escenario de las relaciones internacionales, caracterizado por la polarización de la escena internacional bajo el liderazgo de las dos superpotencias mencionadas anteriormente, comienzan a desarrollarse nuevas relaciones de poder, no solo con gran impacto político sino de un gran desarrollo discursivo. Uno de los ejemplos de ello es la entrada en escena al campo del discurso de las relaciones internacionales de la palabra “paraguas”, entendiendo a los mismos como la órbita de influencia/protección nuclear proyectada por cada una de las superpotencias.¹¹ El campo de batalla pareciera haber transmutado en uno de escritorios con máquinas de escribir, y como ocurriese con otros saberes a lo largo de la historia,

⁸ Cf. *ABC de las Naciones Unidas* (2012: 95).

⁹ KNORR (1969: 128).

¹⁰ KNORR (1969: 106 – ss).

¹¹ GREENWOOD, FEIVESON y TAYLOR (1978: 62 – 63).

desde lo médico¹² a lo penal,¹³ las proposiciones/conceptos habrían de ser los soldados de este nuevo régimen discursivo.

Ahora bien estas nuevas categorías discursivas no se encuentran dando cuenta de una arbitraria y cinematográfica realidad, sino que han sido construidas para explicar un terrible y peligroso desarrollo militar: el de las armas nucleares. La posibilidad de destruir completamente una ciudad, un Estado o un continente ya no sería una simple idea de la ciencia ficción, sino que permanecerían las imágenes de la desaparición de Hiroshima y Nagasaki como ejemplos del temible resultado del uso de dichas armas.

El clima general a partir de la década del '60 se encuentra circunscripto por la doctrina de la seguridad internacional a través de la mutua disuasión de las dos potencias hegemónicas, entendiendo como parte de la agenda nacional de defensa la necesidad de un esquema general de disuasión para garantizar “intereses globales de seguridad”.¹⁴ Este nuevo contexto de seguridad internacional supone un *equilibrio del terror*¹⁵ ante la efectiva posibilidad de mutua destrucción de las superpotencias,¹⁶ toda vez que se busca dar una explicación discursiva al hecho aparentemente lógico y evidente de que las potencias con recursos suficientes para considerarse iguales no han de comenzar un conflicto que saben no podrán ganar o, lo que es más, que no podrán sobrevivir. Conjuntamente se introdujo, con la negociación para que las decisiones fuesen tomadas por “hombres responsables”,¹⁷ la necesidad de producir una vía efectiva de comunicación entre las superpotencias, de manera de evitar que por un “error” o “exceso de pasión” se desencadenare un ataque nuclear.¹⁸ En este sentido la preocupación acerca de quiénes han de establecer la agenda internacional en materia de seguridad responde a una antigua pero siempre vigente lógica de distribución de relaciones de poder, que presupone que en un momento histórico determinado los poderosos han de preocuparse únicamente de otros poderosos, prestando escasa atención a quienes no puedan comparárseles.¹⁹

Este nuevo esquema del terror supuso, hasta la finalización de la Guerra Fría, una tensión permanente entre las dos superpotencias que no llegaría finalmente a cristalizarse en ningún enfrentamiento armado. Sin embargo, ello responde expresamente a la lógica discursiva que este “equilibrio” importa, en tanto política de mutua “disuasión” ante un escenario de destrucción total y concreta. Esta percepción de una amenaza constante como paradigma de seguridad vigente por más de 40 años no puede sino implicar una modificación en lo que debe entenderse por “abstención de amenaza o uso de la fuerza” consagrada en el Art. 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, a la luz de la tensión explicada, y aceptada por los actores internacionales dentro o fuera de los paraguas nucleares de las superpotencias, toda vez que de otra forma no se puede explicar siquiera la existencia de un armamento destructivo de tan incalculables efectos.

¹² Ver en general FOUCAULT (1973).

¹³ Ver en general FOUCAULT (2002).

¹⁴ GREENWOOD, FEIVESON y TAYLOR (1978: 59).

¹⁵ KNORR (1969: 106).

¹⁶ CLEVELAND (1968: 66).

¹⁷ CLEVELAND (1968: 78-79).

¹⁸ GREENWOOD, FEIVESON y TAYLOR (1978: 40-41); KNORR (1969: 107).

¹⁹ MAQUIAVELO (2013: 94).

2. Del fenómeno de la fragmentación sustantiva: la Opinión Consultiva del 96

*“De esto trata esta revolución. Final del juego. ¿Nuevos juegos?
No hay nuevos juegos de aquí a la eternidad.”*

W. S. BURROUGHS

Es dentro del contexto de conflicto internacional relevado en el punto anterior que debemos entender el valor discursivo de la OC de la CIJ. Para hacerlo, resulta asimismo de vital importancia tener en cuenta el fenómeno de la fragmentación del DIP toda vez que es a través de los extremos conceptuales que dicho fenómeno introduce que la estructura del discurso del equilibrio del terror, como esquema de seguridad internacional, puede ser explicada.

El informe de 2006 titulado *“Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”*²⁰ (“Informe”) dirigido por KOSKENNIEMI en el marco de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) de las Naciones Unidas nos aportará el pliego conceptual para comprender y aprehender la cuestión de la fragmentación normativa. En este sentido, si bien el fenómeno de la fragmentación no solo puede darse en la faz sustantiva, es decir en lo que se refiere a la producción de normas jurídicas internacionales, sino que también puede tener lugar en la faz jurisdiccional como consecuencia de la proliferación de tribunales internacionales, el Informe tiene por límite teórico éste aspecto del fenómeno. Es por ello que habremos de asumir dicho límite como propio para el presente capítulo y sólo nos abocaremos a la fragmentación sustantiva del DIP.

Entre algunos de los principales desafíos que plantea el fenómeno de la fragmentación, la posibilidad de conflicto entre cuerpos normativos resulta central. En este sentido, a partir de la noción de “conflicto” del Informe, éste existirá cuando dos reglas o principios jurídicamente relevantes sugieran formas diferentes de lidiar con un problema.²¹ Sin embargo, la cuestión del “conflicto” entre normas o reglas en los límites de la conceptualización anteriormente propuesta pareciera no explicar todos los escenarios posibles. Ello toda vez que no parece posible explicar por intermedio de dicha definición cómo resolver un caso en el no sea únicamente una regla o principio, o un grupo de ellos, los que presenten un conflicto, sino un cuerpo normativo en su totalidad con otro de igual carácter.

El proceso de nominalización de las aparentemente distintas ramas del DIP también puede aportar mayores inconvenientes a la cuestión. Si bien el Informe es cauteloso al referirse a este punto, considerando a las distintas ramas del DIP como “etiquetas informales”, no deja éste de dar cuenta de la existencia de las mismas. Estas “etiquetas” responden a perspectivas distintas, ya sea en virtud de que protegen intereses distintos o de que poseen objetivos políticos distintos, mas no por ello importan consecuencias jurídicas.²² No obstante, a pesar de que el Informe no considere relevante la nominalización de una rama de derecho, dicho proceso no debe ser pasado por alto. En términos discursivos, la capacidad de un discurso de permitir que las relaciones de poder que lo componen sean visibles, ya sea que nos estemos refiriendo al “objetivo

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006) “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º período de sesiones.

²¹ *Ibid.* (2006: 19, punto 25).

²² *Ibid.* (2006: 17, punto 21).

político” perseguido o al “interés” motivador, implicará que la estructura de éste reciba una “etiqueta” en lugar de otra, siendo la misma no meramente indicativa sino sustancial. Su valor proposicional/conceptual no residirá únicamente en el nombre que el discurso adopte sino también y por sobre todo, en la capacidad de poner en funcionamiento mecanismos que le permitan separar y separarse de otros discursos. De esta forma se habilita la posibilidad de hacer un uso retórico diferenciado, en tanto que una nominalización distinta supone una estructura distinta, de las proposiciones/conceptos contenidas por el discurso, al momento de dotarlas de un sentido determinado. Es a partir del fenómeno de la nominalización de las ramas del DIP que los distintos operadores jurídicos producen un discurso académico, que si bien no es en principio vinculante, aporta precisiones terminológicas que acompañan el procedimiento general de dación de sentido a las proposiciones/concepto jurídicas, completándolo.

No alcanza para explicar el fenómeno de la construcción discursiva del DIP considerar únicamente las normas positivas, toda vez que las mismas se encuentran a su vez funcionando dentro de un discurso del lenguaje determinado, estructura de especial importancia si tenemos en cuenta que incluso Naciones Unidas determina un número limitado de idiomas de trabajo para procurar una “mejor” comprensión de los documentos redactados en sus diversos ámbitos, el cual está a su vez en contacto con otras esferas de producción de saber, jurídicas o no. En consecuencia, la nominalización de las distintas ramas no es estéril ni da cuenta únicamente de una facilidad teórico-académica de “nombrar” a un conjunto de normas con aparente similitud de objetivo o interés protegido de una manera determinada, sino que responde al entramado de relaciones de poder y a un mecanismo de producción de discurso vigentes en un momento dado.

A partir de la omisión por parte del Informe de una conceptualización unívoca de “régimen auto-contenido”, toda vez que releva la existencia de tres sentidos posibles que pueden eficazmente utilizarse para explicar dicha categoría, es que para evitar acotar innecesariamente el alcance de la proposición-concepto habremos de recurrir a la definición más abarcadora,²³ entendiendo que cada sub-sistema (i.e. cada régimen auto-contenido) del sistema internacional cuenta con reglas y técnicas de interpretación y administración especiales que deben ser aplicadas.²⁴ En este orden de ideas, encontramos dentro la OC una relación entre principalmente dos regímenes auto-contenidos, el del DIH (*Ius in bello*) y el derecho del uso de la fuerza (*Ius ad bellum*), los cuales son puestos en escena para procurar explicar el fenómeno de las armas nucleares.

Determinar que el DIH y el *Ius ad bellum* son efectivamente dos regímenes auto-contenidos puede no ser del todo sencillo. Ello a partir de que es incluso en el propio Informe donde son reseñadas distintas posturas, como por ejemplo la de los autores Ian Brownlie²⁵ y Alain Pellet,²⁶ a partir de las cuales podría plantearse una imposibilidad de separación de la normativa internacional en sub-sistemas separados e independientes. Sin embargo, creemos que la clave de interpretación del fenómeno de la fragmentación, y es a partir de ésta que consideramos a los regímenes anteriores como contenidos, se encuentra en el enfoque que permite asumir cada régimen en la administración de

²³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 68-70, puntos 128 a 132).

²⁴ *Ibid.* (2006: 68, punto 129).

²⁵ BROWNLIE (2003 : 529-530).

²⁶ PELLET (2000).

intereses determinados y determinables, de asumir su existencia.²⁷ En este sentido, el DIH procurará limitar la devastación producida por los conflictos armados, en un espacio en el cual la norma general, aquella relativa a la limitación del uso de la fuerza, no podría regular su uso puesto que supondría caer en una paradoja.

Los mecanismos de administración de proposiciones/conceptos son centrales en lo que al proceso de formación de un discurso se refiere ya que permiten su funcionamiento a la vez que reflejan las relaciones de poder vigentes en un contexto histórico determinado. Es por ello que el hecho de encontrarse dentro del discurso sus principios interpretativos, implica que al utilizar una proposición/concepto debamos remitirnos a los límites técnicos impuesto por dicho discurso. En lo que se refiere al fenómeno de la fragmentación y los regímenes auto-contenidos, los mecanismos de administración de la estructura discursiva deben ser especialmente considerados, toda vez que en este caso nos encontramos frente a dos o más discursos distintos que dotan determinadas proposiciones/conceptos de sentidos distintos.

Asimismo, conjuntamente con la posibilidad de distinguir proposiciones/conceptos a través de distintas lógicas propias de cada régimen auto-contenido, a los fines de determinar qué normas jurídicas son aplicables a un caso bajo análisis, debemos primeramente establecer la base fáctica, que suponga de forma idónea la entrada en escena de las mencionadas normas en el caso de tener lugar sus presupuestos legales. En este sentido, el DIH como cuerpo normativo resulta aplicable desde el comienzo de las hostilidades,²⁸ sin perjuicio de la *legitimidad* del ataque, la cual solo podrá ser juzgada a la luz del *ius ad bellum* y sus propias normas y principios. El DIH es aplicable de manera indiferente respecto de la legalidad o ilegalidad del ataque inicial. Lo que es más, es la propia OC la que establece que la aplicación del DIH en tiempos de conflictos armados corresponde en tanto el mismo funciona como *lex specialis*²⁹ respecto de cualquier otra norma de carácter más general (en este caso, incluso del *ius ad bellum*). Si en cambio no existiese principio de especialidad alguno, y la incompatibilidad entre regímenes se plantease en términos de estar ante el caso en que el *ius ad bellum* fuese la condición de aplicación del *ius in bello*, existirían conflictos armados en los que pareciera no haber la posibilidad de aplicar el DIH (e.g.: conflicto a raíz de un acto de agresión; respuesta desproporcionada en caso de legítima defensa). Dicho resultado sería contrario no solo a principios y costumbres internacionales vigentes sino también a los principios y propósitos mismos de Naciones Unidas y su vocación de paz mundial.

A pesar de lo anteriormente planteado, los límites al principio de *lex specialis* del DIH respecto de otros regímenes auto-contenidos parecen haber sido puestos en crisis en el mismo instrumento que lo consagró, la OC. Ello surge a partir del párrafo dispositivo “2. E” de la OC el cual estableció que:

“E. Por siete votos a siete, con el voto decisivo del Presidente,
Se sigue de los requisitos arriba mencionados que la amenaza o uso de armas nucleares sería generalmente contrario a las reglas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados, y en particular los principios y reglas de derecho humanitario;

²⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 71, punto 133 *in fine*).

²⁸ Cf. PICTET (1952: 32); SCHINDLER (1979: 131) y GASSER (1993: 510-511) en *ICRC Opinion Paper* (2008: 2).

²⁹ OC, considerando 25.

Sin embargo, atento al estado actual del derecho internacional, y a los elementos fácticos a su disposición, la Corte no puede concluir definitivamente si la amenaza o uso de armas nucleares sería legal o ilegal en la *extrema circunstancia de legítima defensa, en la que la misma supervivencia de un Estado se encuentre en juego*.³⁰

El párrafo transcrito cuenta sin duda con un gran valor en términos retóricos. Ello toda vez que parece difícil argumentar que un Estado que, poseyendo armas nucleares o su cuasi-equivalente en capacidad de destrucción, se abstenga de hacer uso de las mismas en una circunstancia tal como la de enfrentar su posible desaparición. Empero, la cuestión debe ser revisada en términos de coherencia lógica, o la falta de la misma, para aprehender la falacia que la misma importa. En términos de *ius ad bellum*, y la posibilidad de legítima defensa en caso de circunstancia extrema no deja de pertenecer a la estructura discursiva de dicho régimen, la proporcionalidad implica que el acto en respuesta deba limitarse a que el ataque inicial cese.³¹ Lo que es más, se encuentra como presupuesto fáctico para poder recurrir a la misma, que un ataque o amenaza anterior haya tenido lugar. Esto último cobra especial relevancia cuando encontramos en la misma OC a la “necesidad” y la “proporcionalidad” de la respuesta como una norma de costumbre internacional.³² Tomando como caso de análisis la situación en la que un Estado tuviere que responder a un ataque nuclear anterior, el escenario propuesto presupone un conflicto lógico. La legalidad de la amenaza o uso del primer ataque, que habilitaría luego sí la posibilidad de una legítima defensa, no podría suponerse puesto que no sería en respuesta a otro ataque o amenaza anterior de igual tenor. Como consecuencia, ante la imposibilidad de un primer ataque nuclear lícito por inexistencia de un ataque anterior de igual naturaleza, nos encontramos ante el supuesto de un Estado nuclear que responde a un ataque armado que no pudo haber sido nuclear, con armas nucleares. Mas aun en el caso de no preocuparse el Estado atacante por la legalidad *ex ante* de su ataque, el mismo se encontraría prohibido por sus consecuencias *ex post* que deben ser tomadas en cuentas para realizar la correspondiente ponderación de proporcionalidad, deviniendo necesariamente ilícito.

Ahora bien, la posibilidad de que exista una contradicción entre los regímenes del *ius ad bellum* y el *ius in bello* surge a partir de que pueda producirse una confusión entre una proposición/concepto que, aunque nombrada de la misma forma por ambos regímenes discursivos, responda a lógicas y fuentes jurídicas distintas. Al momento de analizar en el párrafo anterior la proposición/concepto *proporcionalidad* en materia de uso de fuerza, ésta respondía a la lógica interna de formación y producción de dicho discurso, a partir de la cual esta categoría debió ser entendida con un sentido determinado en lugar de cualquier otro. Dicho sentido, en términos de práctica jurídica, importará que deban satisfacerse ciertos requisitos para considerar que existió proporcionalidad y no otros. Sin embargo, la misma proposición/concepto aparece también en el discurso del DIH, pero con un sentido completamente distinto, atento a la distinta administración de normas e intereses que importa dicho discurso.³³

³⁰ La cursiva y traducción son propias.

³¹ Consagrado tanto en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas como en la costumbre internacional surgida partir del conocido *Caroline Case*.

³² OC, considerando 41.

³³ Existe proporcionalidad en el ataque cuando el mismo es dirigido hacia un objetivo militar y guarda estricta relación entre el daño colateral producido y la ventaja militar perseguida. De no ser así, un ataque podría ser considerado como ilegal. Cf. DOSWALD-BECK (1997); JOHN-HOPKINS (2010: 478 y ss).

Siendo que en términos de *ius ad bellum* la cuestión del recurso a la amenaza o uso de armas nucleares pareciera estar prohibida en términos prácticos y de lógica operativa del discurso, como ya explicamos anteriormente, lo mismo debe decirse respecto al DIH. Al ser parte necesaria de todo test de proporcionalidad guardar estricta relación entre el tipo de ataque y la ventaja militar perseguida, no podría dejarse de lado que al realizar un ataque nuclear contra un tercer Estado tenedor de igual armamento, el examen de proporcionalidad³⁴ indicaría que en relación con la ventaja militar, en tanto existe una posibilidad cierta de respuesta y daños colaterales incalculables, ésta no sería suficiente. Por otro lado, si se pretendiese ir por la vía de la destrucción total del enemigo imposibilitándolo de cualquier tipo de respuesta, estaríamos ante una consideración extra legal, contraria al principio de humanidad y de la prohibición de la guerra sin cuartel, por lo que también se encontraría prohibido cualquier ataque.³⁵

Es en el sentido de lo expuesto que la diferente utilización dentro de la estructura de los dos regímenes auto-contenidos de proposiciones/conceptos nombradas de la misma forma produce fragmentación en términos teóricos-discursivos y por lo tanto, también en términos sustantivos. Evitando dar cuenta del fenómeno de fragmentación descrito por el Informe y aquí planteado, se allana el camino que habilita la utilización equívoca de proposiciones/conceptos, en este caso de la noción de *necesidad y proporcionalidad*, de manera de tornar especialmente vagos los límites de la estructura discursiva de los regímenes auto-contenidos para aplicar estándares distintos en búsqueda de una mejor argumentación por actos que serían en principio ilícitos. Aun en términos de construcción de legitimidad por vía discursiva y la amplia posibilidad argumentativa que existe, no debe dejarse de lado que cada régimen cuenta con su propia lógica interna de funcionamiento y administración discursiva que implica la dación de un sentido determinado a las proposiciones/conceptos por éste contenido, clausurando la posibilidad de interpretación de dichas proposiciones por fuera del discurso que las contiene.

Es a raíz de esta interpretación del alcance de la OC que la misma parece aportar, aunque no de manera sencilla y prístina, nuevos límites en materia de uso de armamentos nucleares, encontrando en ésta una fuente de restricción jurídica tanto por lo que positivamente expresa como por lo que a sus contradicciones se refiere. Sumado a ello, el fenómeno de la fragmentación y la colisión entre los dos regímenes auto-contenidos del *ius ad bellum* y el *ius in bello* y el uso que de éstos hace la CIJ implica que en su intento por simultáneamente aplicarlos y confundirlos el uno con el otro, no solo se produzca que ambos sean aplicados en su completitud, sino que al hacerlo deba estarse a la lógica interna de cada uno, con sus propios alcances, evaluaciones teóricas y reglas de administración discursiva. En este sentido, a pesar del “párrafo 2 E”, no puede justificarse el uso o amenaza de uso de armas nucleares ni siquiera en el tratado caso del estado de necesidad extrema, por no poder tener lugar en términos prácticos como

³⁴ La relación de proporcionalidad y ventaja militar debe ser considerada en relación al todo del ataque armado y no solo a eventos o partes aisladas del mismo. Ello a partir de la costumbre internacional surgida a partir de la práctica de los Estados de: Australia (§§ 161 y 167), Bélgica (§§ 162, 168 y 177), Canadá (§§ 162, 169 y 178), Francia (§§ 162 y 165), Alemania (§§ 162, 170 y 179), Italia (§§ 162 y 180), Holanda (§§ 162 y 181), Nueva Zelanda (§§ 161 y 171), Nigeria (§ 172), España (§§ 162 y 173), Reino Unido (§§ 162 y 182) y Estados Unidos (§§ 174 y 183), en HENCKAERTS y DOSWALD-BECK (2005: 46 y ss).

³⁵ Considerada como costumbre internacional, apareciendo por primera vez en el Código Lieber (art. 60) y en la Convención (IV) sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Reglamento Art. 23.d).

arriba fuese explicado los extremos que habilitarían la puesta en marcha de las hostilidades, ni en términos de DIH, toda vez que no podría cumplirse con los tests obligatorios para llevar a cabo un ataque lícito.

Bibliografía

- BROWLIE, I (2003) *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- BYERS, M. (2003) *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge: University Press.
- CARR, E. H. (1974) *The Twenty Years' Crisis 1919 – 1939. An Introduction to the Study of International Relations*, Londres: Macmillan.
- CLEVELAND, H. (1968) *Responsabilidad de las potencias*, México: Editora Americana.
- DELEUZE, G. (2008) *Lógica del sentido*, Buenos Aires: Editorial Paidós.
- FOUCAULT, M. (1996) *El orden del discurso*, Madrid: La Piqueta.
- FOUCAULT, M. (1973) *Moi, Pierre Rivière, ayant égorge ma mère, ma sœur et mon frère...*, Paris : Éditions Gallimard/Julliard.
- FOUCAULT, M. (2002) *Vigilar y Castigar*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- FOUCAULT, M. (2008) *Las palabras y las cosas*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- GASSER, H.P. (1993) “International Humanitarian Law: an Introduction” en *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Berna,/Ginebra: Paul Haupt Publishers.
- GREENWOOD, T., FEIVESON, H. A. y TAYLOR, T. B. (eds.) (1978) *Proliferación Nuclear*, Buenos Aires: Editorial Troquel.
- HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L. (eds.) (2005) *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II, Londres: Cambridge University Press.
- JOHN-HOPKINS, M. (2010) “Regulating the conduct of urban warfare: lessons from contemporary asymmetric armed conflicts” en *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, Núm. 878.
- KELSEN, H. (1965) *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Editorial El Ateneo.
- KELSEN, H. (2011) *Teoría pura del derecho*, Madrid: Editorial Trotta.
- KNORR, K. (1969) *La política de poder en la era nuclear*, Buenos Aires: Editorial Troquel.
- KOSKENNIEMI, M. (2005) *From Apology to Utopia. The structure of Legal Argument*, Cambridge: University Press.
- MAQUIAVELO, N. (1532-2013) *El Príncipe*, Buenos Aires: Editorial Ariel.
- MORGENTHAU, H. (1986) *Política entre las naciones: La lucha por el poder y la paz*, Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- NOEL-BAKER, P. (1965) *La carrera de armamentos*, Madrid: Editorial Tecnos.
- PELLET, A (2000) “Droit de l’hommisme et droit international” en *Conférence Commémorative Gilberto Amado*, Naciones Unidas.
- PICTET, J. (1952) *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra: ICRC.
- REUS-SMIT, C. y SNIDAL, D. (eds.) (2008) *The Oxford Handbook of International Relations*, Nueva York: Oxford University Press.
- SCHINDLER, D. (1979) “The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols” en *Recueil des cours de l’Académie de La Haye*, Vol. 163, La Haya: Académie de droit international de La Haye.
- SCHMITT, K. (2003) *El nomos de la tierra: en el Derecho de Gentes del “Jus publicum europaeum”*, Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía.
- VEDRINE, H. (2003) *Face à l’hyperpuissance. Textes Et Discours 1995-2003*, Paris : Fayard.

**¿Cuándo el fin justifica los medios?
La (in)definición de la necesidad militar y su relación
con el estado de necesidad a la luz de la
fragmentación del derecho internacional**

Agostina N. Cichero

*There is no branch of law in which complete clarity is more essential than in
that of the laws of war.*

MAX HUBER¹

1. Planteo del problema.

Según las normas del derecho internacional humanitario (en adelante, “DIH”), las partes en un conflicto armado no tienen un derecho ilimitado en cuanto a los medios utilizados para perjudicar al enemigo.² El objetivo primordial del DIH es, de acuerdo a la Declaración de San Petersburgo de 1868, atenuar las calamidades de la guerra. Sin embargo, dicho mandato no es absoluto sino “en cuanto sea posible”, considerando que el objetivo primordial de cada beligerante en un enfrentamiento armado es vencer al enemigo.³ Es en este sentido que PICTET afirmaba que “el derecho de los conflictos armados es un compromiso basado en un balance entre la necesidad militar, por un lado, y los requerimientos de humanidad, por el otro”.⁴ MCCOUBREY define la necesidad militar como aquel instituto que “opera como una justificación en circunstancias excepcionales por acciones que constituyen *prima facie* una violación del *jus in bello*”.⁵

La idea de necesidad como noción justificante no es exclusiva del DIH, sino que se encuentra en varias ramas del derecho. Así, por ejemplo, los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos definen el estado de necesidad como una de las circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto.⁶

¹ HUBER (1995:430). Traducción al inglés disponible en PICTET (1987:394).

² Reglamento de la IV Convención de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, art. 22; Resolución XXVIII de la 20ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Viena, 1965; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968; PICTET (1987:390).

³ DINSTEIN (2004:17).

⁴ PICTET (1987:393), la traducción es propia. En igual sentido: DINSTEIN (2004:16).

⁵ MCCOUBREY (1991:218).

⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2002) *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Res. 56/83, UN Doc. Nro. A/Res/56/83. A los fines del presente artículo me centraré en el análisis de la relación entre la noción de necesidad militar y el estado de necesidad. No obstante, es necesario tener en cuenta, para una comprensión más amplia, que el instituto de la necesidad militar también se relaciona con el *ius ad bellum* y la noción de legítima defensa, específicamente a causa del requisito de necesidad que envuelve a este principio.

Tanto la noción de necesidad militar como el estado de necesidad tienen en común la característica de constituir normas abiertas, diseñadas como válvulas de escape para aquellas situaciones que el legislador⁷ no podría llegar a prever. Es por ello que resulta imposible dar una definición acabada y omnicomprensiva de estas nociones, cuyo fundamento mismo requiere que sean lo suficientemente amplias para atender a las situaciones no previstas. En consecuencia, la técnica normalmente adoptada consiste en definir qué requisitos conforman la noción, de modo de guiar al intérprete⁸ de la norma a la hora de aplicarla a un caso concreto.

Mientras que los requisitos necesarios para considerar si una acción determinada constituye un estado de necesidad se encuentran notablemente desarrollados en la costumbre internacional,⁹ resulta difícil identificar los componentes que caracterizan el instituto de la necesidad militar en las normas de DIH. En efecto, un análisis de esta rama del derecho nos revela una cierta indefinición o vaguedad a la hora de tratar el asunto.

Algunos autores sostienen que existe una cierta consistencia por parte de la jurisprudencia a la hora de determinar qué cuestiones constituyen una situación de necesidad militar;¹⁰ sin embargo, una lectura más detallada de la jurisprudencia y doctrina que tratan este asunto nos revela una aparente confusión entre la noción de necesidad militar y el estado de necesidad.

¿Existe algún tipo de relación entre ambos institutos? En caso afirmativo, ¿cuál es la naturaleza de esta relación? Para responder este interrogante, resulta necesario atender al fenómeno conocido como fragmentación del derecho internacional. De acuerdo al informe elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, “CDI”) a cargo de Martti KOSKENNIEMI sobre fragmentación del derecho internacional, “una de las características de la reciente vida internacional ha sido (...) la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes”.¹¹ Esto ha dado lugar a dos situaciones: por un lado, la creación de conjuntos de normas especializados y autónomos, conocida como fragmentación sustantiva; por el otro, la proliferación de tribunales internacionales especializados, o fragmentación institucional. Debido a la naturaleza misma del derecho internacional, en el cual los procesos de creación y aplicación de normas son de carácter descentralizado y donde prima la regla del consentimiento,¹² estos regímenes normativos e instituciones

⁷ A los efectos del presente artículo, se utilizará la noción de legislador en sentido amplio, entendiendo por tal al conjunto de entidades (en particular, de Estados) que participan del proceso de creación de normas en el derecho internacional.

⁸ Nuevamente, la noción de intérprete es utilizada aquí en un sentido amplio, abarcando tanto a los terceros imparciales a los cuales se les ha designado la tarea de resolver una determinada controversia, así como a los sujetos que realizan la acción y deben resolver si la misma resulta ajustada a derecho o no.

⁹ Ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2002) *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Res. 56/83, UN Doc. Nro. A/Res/56/83, Artículo 25; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2001) *Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts with commentaries*, Artículo 25; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1997) “Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros” (Hungría c. Eslovaquia), Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

¹⁰ Ver HAYASHI (2010:39-140).

¹¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 11.

¹² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Cámara de Apelaciones, “Fiscal c. Tadić”, Sentencia del 2 de Octubre de 1995.

especializadas tenderían a desarrollarse con independencia de los principios del derecho internacional general, lo cual daría lugar a eventuales conflictos o contradicciones entre estos subsistemas y a la pérdida de una perspectiva general del derecho.¹³

No obstante estas predicciones, otros autores, como la ex-presidente de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) Rosalyn HIGGINS, consideran que los tribunales internacionales suelen realizar grandes esfuerzos para encontrar enfoques comunes.¹⁴ En consecuencia, la fragmentación del derecho genera dos tipos de diálogos: el diálogo entre tribunales (relacionado con la fragmentación institucional) y el diálogo entre distintas ramas del derecho internacional o, en los términos utilizados por la CDI, entre regímenes autónomos o especiales.

El objetivo del presente artículo es demostrar que, como consecuencia de estos diálogos que se dan entre regímenes y entre tribunales, las ambigüedades propias de la noción de necesidad militar, tal como se encuentra formulada en el DIH, son salvadas por jueces y doctrinarios mediante la interpretación analógica con el concepto de estado de necesidad.

Para ello, se procederá a dividir el análisis en los siguientes apartados: en primer lugar, se relevará la evolución histórica de la necesidad militar, así como su tratamiento en el DIH convencional. En segundo lugar, se procederá a comparar los dos institutos bajo análisis, poniendo especial énfasis en los requisitos que componen el “test” de cada principio. Finalmente, se intentará dilucidar cuál es el carácter de la relación entre ambas nociones, valiéndose —a modo de ejemplo— de la reconocida doctrina de la relación de especialidad y su aplicación a la interacción entre el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, “DIDH”), por ser uno de los temas que más han dado lugar al desarrollo y debate de la teoría de la *lex specialis*.

2. La (in)definición de la necesidad militar en el DIH.

El instituto de la necesidad militar fue definido por primera vez en 1863 en el Código Lieber como “la necesidad de tomar aquellas medidas que resultan indispensables para los fines de la guerra, que son legales de acuerdo al derecho moderno y los usos de la guerra”.¹⁵ Asimismo, el Tribunal Militar de los Estados Unidos en Nuremberg consideró que “la necesidad militar permite que un beligerante, sujeto a las leyes de la guerra, pueda aplicar cualquier cantidad de fuerza para forzar la rendición completa del enemigo con el menor gasto posible de tiempo, vidas y dinero”.¹⁶

No obstante estas definiciones, el instituto de la necesidad militar ha cumplido diversas funciones y ha sido interpretado de diversos modos a lo largo de la historia. Según la teoría de la *Kriegsräson*, así llamada en virtud de la máxima alemana “*Kriegsräson geht vor Kriegsmanier*” (las necesidades de la guerra prevalecen sobre las

¹³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 12.

¹⁴ HIGGINS (2006:797).

¹⁵ *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*, 24 de Abril de 1863, art. 14, en SCHINDLER Y TOMAN (2004:6).

¹⁶ TRIBUNAL MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS, Estados Unidos c. Wilhelm List y otros (Juicio de los Rehenes), Caso No. 47, 19 de Febrero de 1947, en THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION (1949) *Law Reports of Trials of War Criminals*, Her Majesty’s Stationery Office (HMSO)/Londres, Vol. VIII, p. 66, la traducción es propia.

normas de la guerra), “toda acción militar que resulte materialmente necesaria para la ejecución exitosa de la guerra anula y vuelve inoperativa toda provisión de las leyes y costumbres de la guerra que prescriba la acción contraria”.¹⁷ La doctrina de la *Kriegsräson* corresponde a los autores alemanes del siglo XIX y pertenece, por lo tanto, a una época en la cual los conflictos armados eran regulados solamente por los simples usos y no por las leyes y costumbres de la guerra.¹⁸

Esta doctrina fue cabalmente rechazada en los juicios llevados a cabo bajo la Ley Nro. 10 del Consejo de Control Aliado, posteriores a Nuremberg. En el juicio a los altos mandos alemanes (*German High Command Trial*), el Tribunal Militar de Estados Unidos concluyó que si la necesidad militar le confiriese a un beligerante el derecho de hacer cualquier cosa que contribuyese a ganar la guerra, “ello eliminaría toda humanidad y decencia y todo derecho de la conducta de la guerra”, agregando que esta “es una contención que el Tribunal repudia como contraria a los usos aceptados de las naciones civilizadas”.¹⁹

Actualmente esa corriente se encuentra ampliamente desacreditada en tanto, como bien lo explica PICTET, “resulta bastante obvio que si los combatientes tuviesen la facultad de violar las leyes de los conflictos armados cada vez que lo considerasen necesario para el éxito de una operación, el derecho cesaría de existir.”²⁰

La aplicación moderada de la doctrina alemana ha dado lugar a una segunda corriente según la cual se encuentran justificadas las violaciones al DIH cuando está en juego la supervivencia misma del Estado. Esta teoría fue expresamente rechazada por un tribunal militar de Estados Unidos en el caso *Krupp*, de 1948, afirmando que “las reglas y costumbres de guerra están diseñadas específicamente para todas las etapas de la guerra. Se encuentra comprendido el derecho para tales emergencias. Alegar que pueden ser dejadas de lado injustificadamente —y por la sola discreción de cualquier beligerante— cuando considere que su situación es crítica, importaría nada más y nada menos que derogar las leyes y costumbres de la guerra en su totalidad”.²¹

No obstante este cabal rechazo, los propulsores de esta corriente se apoyan en la decisión de la CIJ en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, en la cual la Corte dijo que no podía “concluir definitivamente si la amenaza o uso de armas nucleares sería legal o ilegal en una circunstancia extrema de legítima defensa, en la cual la supervivencia misma del Estado se encontrase en juego”.²² Quienes alegan este precedente realizan, en realidad, una lectura forzada de la decisión, en tanto la Corte no se estaba refiriendo en ese pasaje a la necesidad militar o a la

¹⁷ HAYASHI (2010:52).

¹⁸ DUNBAR (1952:445).

¹⁹ TRIBUNAL MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS, Estados Unidos c. Wilhelm Von Leeb y otros (Juicio de los Altos Mandos Alemanes), Caso No. 72, 28 de octubre de 1948, en THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION (1949) *Law Reports of Trials of War Criminals*, Her Majesty's Stationery Office (HMSO)/Londres, Vol. XII, p. 93.

²⁰ PICTET (1987:391).

²¹ TRIBUNAL MILITAR DE LOS ESTADOS UNIDOS, Estados Unidos c. Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach y otros, Caso No. 58, 30 de junio de 1948, en THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION (1949) *Law Reports of Trials of War Criminals*, Her Majesty's Stationery Office (HMSO)/Londres, Vol. XX, 138-139.

²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1996) “Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, párr. 105(2)E.

violación de normas de DIH, sino a la violación de la prohibición del uso de la fuerza y al instituto de la legítima defensa.²³

En este sentido, DINSTEIN considera injustificado el nexo entre el uso de armas nucleares y la supervivencia de un Estado, en tanto responde a una concepción anticuada de la auto-preservación como un derecho fundamental de los Estados, que prevalece sobre toda otra consideración.²⁴

Para otra corriente, la necesidad militar funcionaría como unidad de medida de lo legal o permitido; en este sentido se expresa el mencionado Código Lieber. De esta manera, sólo estarían permitidos aquellos actos que fuesen necesarios para fines militares, por lo tanto excluyendo los actos que no estén signados por la noción de “necesidad”, como ser los actos crueles, la venganza, la mera conveniencia, etc.²⁵ Esta concepción de necesidad militar es, al igual que la alemana, anterior a la sistematización y establecimiento de reglas de DIH reconocidas, por lo cual, en ese contexto, la necesidad militar no funcionaba como un instituto habilitante sino, por el contrario, limitante.²⁶

Finalmente, para la corriente mayoritaria,²⁷ la necesidad militar tiene una doble funcionalidad: por un lado, actúa como principio impulsor del DIH y, por el otro, como excepción, en la medida en que la misma norma que prohíbe una determinada conducta, prevé expresamente su derogación en casos de necesidad militar. Ambas funciones se encuentran intrínsecamente relacionadas. En efecto, si se parte de la base de que el DIH (y toda norma que lo componga, sea costumbre o tratado), tiende a la reconciliación de los principios de necesidad militar y humanidad, entonces puede afirmarse también que el legislador, al diseñar las normas de DIH, ya ha ponderado ambos principios. En consecuencia, cada norma sería el resultado de la tensión entre ellos. Lo que se desprende de ello es que cada vez que el legislador ha querido que primase la necesidad militar, lo ha establecido expresamente en la norma prohibitiva a la cual hace referencia la excepción.

Así, por ejemplo, el artículo 4(1) de la Convención de La Haya para la protección de la propiedad cultural en casos de conflicto armado de 1954 impone a los beligerantes la obligación de respetar la propiedad cultural. Sin embargo, el artículo 4(2) permite expresamente la eximición de esta obligación en casos de necesidad militar imperativa.

Por el contrario, según el artículo 13 del Convenio de Ginebra (III) de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, estos últimos deben ser tratados humanamente en todas las circunstancias, estando prohibido todo acto u omisión que comporte su muerte. Este principio se encuentra receptado asimismo en el artículo 4 del reglamento al Convenio de La Haya (IV) de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y en el artículo 60 del Código Lieber. En todas estas normas el lenguaje es categórico y no hace referencia a ninguna consideración de necesidad militar. En este

²³ Aun así, resulta interesante la confusión doctrinaria que originó la decisión al respecto, y quizás incluso refuerza la idea de que la noción de “necesidad” atraviesa el derecho en todas sus ramas, relacionándolas entre sí.

²⁴ DINSTEIN (2010:3).

²⁵ DUNBAR (1952:442).

²⁶ DUNBAR (1952:444).

²⁷ PICTET (1987:392-393); DUNBAR (1952:444); DINSTEIN (2004:17-19); HAYASHI (2010:55-56).

contexto, entonces, no estaría permitido alegar necesidad militar para desligarse de esta obligación.

Esta interpretación se encuentra reforzada por la decisión de la Comisión Militar de Estados Unidos en Augsburg en el caso *Thiele y Steinert*, en 1945. Una unidad alemana rodeada por tropas estadounidenses tomó prisionero a un soldado de esa nacionalidad y lo ejecutó, tras lo cual los responsables intentaron defenderse alegando la legalidad de sus actos en base a la excepción de necesidad militar. La defensa fue infructuosa, sin embargo, ya que el tribunal determinó que no había tal necesidad.²⁸ En el mismo sentido, en el caso *Manstein* el Tribunal estableció que el derecho “no puede ser ignorado por necesidad, excepto en esos casos especiales en que la ley misma prevé esa eventualidad [en tanto] la necesidad militar ya ha sido tomada en consideración en la redacción de la ley”.²⁹ Sin embargo, incluso si se acepta que las normas deben prever expresamente la excepción, persisten ciertas ambigüedades e indefiniciones. En primer lugar, existe una sola norma que contiene una suerte de definición de necesidad militar. Así, el artículo 6(a) del II Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1999 reza:

A fin de garantizar el respeto de los bienes culturales de conformidad con el Artículo 4 de la Convención:

(a) una derogación fundada en una necesidad militar imperativa conforme al párrafo 2 del Artículo 4 de la Convención sólo se podrá invocar para dirigir un acto de hostilidad contra un bien cultural cuando y durante todo el tiempo en que:

- i) ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar; y
- ii) no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo.

Algunos autores han reconocido en el inciso (ii) la definición de necesidad militar. De cualquier manera, no resulta claro que ésta sea en efecto la definición y, en todo caso, tampoco resulta claro que sea aplicable más allá del caso específico de la protección de la propiedad cultural.

La necesidad militar se caracteriza no solo por su indefinición, sino también por la ambigüedad que generan las normas que la mencionan, en tanto emplean diversos estándares. Así, es posible encontrar referencias a la necesidad militar “imperativa”³⁰, “absoluta”³¹, “urgente”³² e “inevitable”³³, en general sin desarrollo alguno sobre el

²⁸ COMISIÓN MILITAR DE ESTADOS UNIDOS, Estados Unidos c. Gunther Thiele y Georg Steinert, en THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION (1948) *Law Reports of Trials of War Criminals*, Her Majesty's Stationery Office (HMSO)/Londres, Vol. III, 58-59.

²⁹ LAUTERPACHT (1949:512-513); DINSTEIN (2010:2).

³⁰ Artículo 23 del reglamento al Convenio de La Haya (IV) de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

³¹ Artículo 54 del reglamento al Convenio de La Haya (IV) de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

³² Artículos 33 y 34 del Convenio de Ginebra (I) de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

³³ Artículo 4(2) de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

significado de estos calificativos o la diferencia entre los mismos. En efecto, DINSTEIN propone ignorarlos por redundantes.³⁴ De cualquiera manera, tal como lo afirma MCCOUBREY, el significado de estos agregados es menos que claro.³⁵

3. Estado de necesidad y necesidad militar: requisitos, diferencias y similitudes

La CDI define el estado de necesidad como “aquellos casos excepcionales en los que la única forma en que un estado puede salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, por el momento, no cumplir con otra obligación internacional de menor peso o urgencia”.³⁶

Los artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados enumeran los requisitos reconocidos como costumbre internacional para la verificación de un estado de necesidad. Los mismos son:

- a. La existencia de un hecho que viole una obligación internacional del Estado.
- b. Que un interés esencial de ese Estado se encuentre en peligro grave e inminente.
- c. Que la violación de la obligación internacional sea el único modo de salvaguardar dicho interés.
- d. Que la medida no afecte un interés esencial del Estado, grupo de Estados o comunidad internacional a los cuales es debida la obligación violada.
- e. Que la obligación internacional no excluya la posibilidad de alegar estado de necesidad.
- f. Que el Estado no haya contribuido a la producción del estado de necesidad.

En materia de necesidad militar, tal como fue afirmado anteriormente, no existe un instrumento que comprenda expresamente todos los requisitos necesarios. No obstante, la doctrina ha intentado salvar esta deficiencia. Así, HAYASHI³⁷ reconoce los siguientes requisitos para la verificación de una necesidad militar, sobre la base de la recopilación de jurisprudencia en materia de derecho internacional:

- a. Que la medida haya sido tomada por un propósito militar específico.
- b. Que la medida haya sido requerida para conseguir dicho propósito militar. El autor considera que este requisito está compuesto por tres factores:
 - i. Que la medida fuese materialmente relevante para la consecución del propósito militar.
 - ii. De las medidas materialmente relevantes que estaban razonablemente disponibles, que la adoptada fuera la menos perjudicial.
 - iii. Que el daño causado por la medida no fuese desproporcionado en relación con la ganancia obtenida.

³⁴ DINSTEIN (2010:3).

³⁵ MCCOUBREY se expresa en relación al estándar de necesidad militar imperativa, y agrega que en su opinión el mismo “enfatisa la severidad de las ‘necesidades’ que se contemplan”. MCCOUBREY (1991:234).

³⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2001) *Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts with commentaries*, p. 194.

³⁷ HAYASHI (2010:39-140).

- c. Que el propósito militar para el cual la medida fue adoptada fuese conforme al DIH.
- d. Que la medida en sí estuviese en conformidad con el DIH.

Las diferencias y similitudes entre ambos institutos son evidentes. En cuanto a las similitudes, en primer lugar es de notar que ambos institutos tienen el mismo fundamento. Tal como lo establece DE VISSCHER, la teoría del estado de necesidad no es sino la expresión del derecho fundamental de conservación que tienen los Estados: “[e]l estado de necesidad se presenta, por lo tanto, cuando un Estado considera que no puede salvaguardar sus intereses esenciales sino mediante la violación de los derechos de otro Estado”.³⁸ Agrega el autor que “la razón o necesidad de guerra (...) es la aplicación de las exigencias de la teoría de la necesidad a un fin determinado (...) es aquella que se relaciona con el éxito de la guerra; ella justifica excepcionalmente ciertas operaciones militares (...) la necesidad militar se relaciona con el éxito de una operación aislada y puede autorizar el recurso a ciertos medios de lucha prohibidos”.³⁹ Del mismo modo, MCCOUBREY identifica que “la idea de la necesidad militar deriva esencialmente del derecho soberano de un Estado de tomar medidas en defensa de sus intereses vitales”.⁴⁰

En segundo lugar, ambos principios se encuentran formulados en forma prohibitiva. En efecto, el artículo 25 de los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos establece como regla que “ningún Estado puede invocar el estado de necesidad”, indicando que el instituto debe interpretarse restrictivamente. Del mismo modo, tal como fue indicado anteriormente, el principio de necesidad militar no establece la medida de lo permitido, sino que implica una circunstancia excepcional en la cual ciertas normas expresamente prevén un apartamiento del comportamiento que de otro modo prescribirían.

Finalmente, ambos institutos responden a la noción de la necesidad como límite de la medida en que una acción está o no permitida. En otras palabras, implica establecer que no está permitido más que lo necesario. Este es el significado que la CDI ha reconocido a la noción del estado de necesidad⁴¹ y en efecto es el significado que inicialmente había sido concebido para la necesidad militar en el Código Lieber.

En cuanto a las diferencias, la primera es que el estado de necesidad es una circunstancia que excluye la ilicitud de un comportamiento (en otras palabras, una norma secundaria), mientras que la necesidad militar es una excepción que opera dentro de la norma primaria que determina la prohibición de una determinada conducta, de manera que no existe violación. El estado de necesidad excluye la ilicitud de la conducta pese a la existencia de una violación (de hecho, la violación de una obligación internacional es un elemento constitutivo de la noción), mientras que la necesidad militar determina que no existe tal violación.

En segundo lugar, el estado de necesidad persigue la salvaguarda de un interés esencial del estado, afectado por un peligro grave e inminente. La necesidad militar, en cambio, solo requiere que exista un propósito militar en juego, que provea una ventaja militar significativa.

³⁸ DE VISSCHER (1917:95).

³⁹ DE VISSCHER (1917:96-97).

⁴⁰ MCCOUBREY (1991:217).

⁴¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2001) Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts with commentaries, p. 197.

En tercer lugar, mientras en el estado de necesidad la medida debe ser la única manera de salvaguardar el interés esencial, la necesidad militar solo requiere que sea la menos lesiva dentro de las razonablemente disponibles.

En cuarto lugar, el estado de necesidad requiere que la medida no afecte los intereses esenciales de otros Estados a quienes les es debida la obligación violada. En cambio, si bien por definición la necesidad militar está dirigida a afectar los intereses de la otra parte, ya que su objetivo es el debilitamiento del enemigo, no contiene limitación alguna en relación a terceros, a diferencia de lo previsto para el estado de necesidad.

Finalmente, el estado de necesidad excluye la invocación del mismo cuando el Estado que lo alega contribuyó a la situación de peligro grave e inminente de su interés esencial. En cambio, la necesidad militar no contiene previsión semejante,⁴² ni sería lógico que así fuera.

Diferencias	
Estado de necesidad	Necesidad militar
Causa de exclusión de la ilicitud (norma secundaria)	Excepción prevista dentro de la norma primaria.
La medida viola una obligación internacional pero no genera responsabilidad.	La medida no viola una obligación internacional ya que se encuentra expresamente prevista como excepción dentro de la norma.
Interés esencial en peligro grave e inminente	Propósito militar en juego.
Única forma de proteger el interés esencial.	Forma menos lesiva dentro de las razonablemente disponibles para obtener una ventaja militar.
No debe afectar el interés esencial de otros Estados.	El objetivo es el debilitamiento del enemigo, lo cual afecta un interés esencial.
Quien lo alega no debe haber contribuido a la situación de peligro.	Resulta indistinto que quien la alega haya contribuido a la situación de necesidad.

Un análisis exhaustivo de los requisitos de ambas nociones nos demuestra que incluso cuando éstos distan en algunas cuestiones, parecería haber una cierta correlatividad, o al menos una suerte de “inspiración” por parte del DIH, sobre la base de los requisitos del estado de necesidad.

Asimismo, es posible identificar en la doctrina y jurisprudencia una cierta tendencia a confundir o relacionar implícitamente ambos conceptos. Así, por ejemplo, en el comentario al artículo 35 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, según el cual el derecho de las partes de elegir los medios y métodos de combate no es ilimitado, el CICR diferencia el instituto del estado de necesidad de la necesidad militar, afirmando que el primero no puede ser invocado para dejar de lado las normas de DIH. Especialmente, cita a la CDI para establecer que el estado de necesidad no puede justificar la violación de obligaciones de *ius cogens*. Resulta interesante que, al finalizar el comentario al artículo, resume este argumento de la siguiente manera: “la necesidad militar no puede justificar la derogación de reglas perentorias”, sin que exista

⁴² En efecto, incluso podría afirmarse que la introducción del concepto de “manos limpias” (o “clean hands”) al cálculo de la necesidad militar podría incluso considerarse contradictoria con la idea de la separación entre *ius ad bellum* y *ius in bello*.

ninguna explicación de cómo o por qué traslada esta afirmación, originalmente aplicable al estado de necesidad, a la necesidad militar.

Esta aparente confusión parecería descansar, en verdad, en una interpretación de ambos institutos, sea consciente o inconsciente, expresa o implícita, que los relaciona de manera intrínseca. Cabe entonces preguntarse, ¿cuál es la naturaleza de esa relación?

4. Fragmentación sustantiva y *lex specialis*: relaciones entre necesidad militar y estado de necesidad.

Tal como se adelantó en el primer apartado del presente trabajo, la clave para entender la relación entre ambas nociones se encuentra dentro de la teoría de la fragmentación del derecho internacional.

La cuestión de la relación entre ramas del derecho no es nueva en el DIH. En efecto, ésta ha sido tratada extensivamente por la jurisprudencia y doctrina en materia de DIH y derechos humanos. El objetivo de la presente sección será, en primer lugar, hacer un relevamiento de cómo la doctrina y jurisprudencia internacional han tratado la relación de especialidad, utilizando como caso de estudio el paradigmático asunto de la relación entre DIH y DIDH. Ello a los fines de entender cómo el DIH puede relacionarse, en términos concretos, con otras ramas del derecho internacional y qué implica que exista una relación de especialidad entre una noción de DIH y un concepto perteneciente a otra rama, para luego intentar transpolar este razonamiento a la relación entre necesidad militar y estado de necesidad. En materia de DIH y DIDH, la CIJ ha establecido que “la protección que ofrecen las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado” y que “ambas ramas del derecho deben ser tomadas en consideración, a saber, el derecho internacional de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario”.⁴³

No obstante, la CIJ omitió elaborar qué significa precisamente que exista una relación de *lex specialis* entre ambas ramas. Esto ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias. Así, algunos autores consideran que el DIH siempre prevalece por sobre otras ramas; otros consideran que debe aplicarse la regla que implique un mayor nivel de protección, en virtud del principio *pro homine*.⁴⁴ SASSÒLI, por su parte, considera que el principio es simplemente una herramienta útil de interpretación, que no necesariamente indica una cualidad inherente a alguna rama o a sus normas. Propone un análisis individual para determinar qué regla debe prevalecer en cada caso.⁴⁵ Este parece ser el enfoque elegido por la Corte en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares. Allí se estableció que:

En principio, el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida aplica también durante las hostilidades. El análisis de lo que constituye una privación arbitraria de la vida, sin embargo, debe ser determinado mediante

⁴³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1996) “Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, ¶párr.106.

⁴⁴ SASSÒLI (2011:70).

⁴⁵ SASSÒLI (2011:71). En el mismo sentido, MILANOVIC considera que el debate debe centrarse no tanto en la relación entre dos regímenes como tales, sino entre normas particulares pertenecientes a regímenes diferentes y que controlan las mismas situaciones específicas. Para el autor, el principio de “*lex specialis*” debe ser abandonado como una especie de explicación mágica de dos palabras sobre la relación entre el DIH y el DIDH, en tanto confunde más de lo que aclara”. MILANOVIC (2011:98-99).

la aplicación de la *lex specialis*, es decir, del derecho aplicable a los conflictos armados el cual está diseñado para regular la conducta de las hostilidades. En consecuencia, la cuestión de si determinada pérdida de vidas, debido al empleo de cierta arma de guerra, ha de considerarse una privación arbitraria de la vida, contraria al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo puede decidirse por referencia al derecho aplicable en los conflictos armados, y no puede deducirse de los términos propios del pacto.⁴⁶

El asunto de la *lex specialis* fue tratado por la CDI en el marco del estudio de la fragmentación del derecho internacional. La misma explica que “una norma puede ser *lex specialis* en relación con otra como aplicación, actualización o desarrollo de ella o, lo que es lo mismo, como su suplemento, como un indicador de instrucciones de lo que una norma general exige en un caso particular”.⁴⁷

En ese sentido, puede decirse que la necesidad militar es *lex specialis* en relación con el estado de necesidad. En efecto, ambas nociones provienen del mismo derecho fundamental de auto-preservación que gozan los Estados. Tal como se expuso, el mismo CICR parece haber reconocido implícitamente que la necesidad militar es la aplicación concreta del estado de necesidad a situaciones de conflicto armado.

La relación entre ambos institutos resulta clara al analizar los dichos de la CDI en materia de responsabilidad de los Estados. La CDI aclara que la necesidad militar “no es considerada, al menos no en principio, una especie de subcategoría del ‘estado de necesidad’”. Con esta afirmación, explica por qué rechaza incluir la necesidad militar como un supuesto específico de estado de necesidad en sus artículos sobre la responsabilidad de los Estados, reconociendo por el contrario que, pese a tratarse de dos institutos distintos, uno se desprende del otro:

en tiempos de guerra, sin embargo, la idea de ‘necesidad’ no se materializa en la forma de una circunstancia que excluye, de forma excepcional, la ilicitud de un acto del Estado que no se ajusta a los requerimientos de una obligación que le es impuesta por una regla del derecho internacional. Al hacer esta afirmación, tenemos en cuenta la función asignada al concepto de necesidad ‘de guerra’ o ‘necesidad militar’.

En efecto, la CDI explica que “la norma especial es aquella que tiene un campo de aplicación delimitado con mayor precisión”.⁴⁸ En consecuencia, aplicando las nociones modernas de fragmentación y relación entre normas pertenecientes a regímenes diferentes, puede decirse, en el lenguaje que emplean la CIJ y la CDI, que existe una relación de *lex specialis* entre el estado de necesidad y la necesidad militar, en

⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1996) “Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, párr. 25.

⁴⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 59.

⁴⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 38.

tanto esta última sería la aplicación concreta de la primera al escenario de los conflictos armados.⁴⁹

Ahora bien, ¿qué implica que exista una relación de especialidad entre ambas normas? SASSÒLI intenta dilucidar las implicancias prácticas de la relación de especialidad entre DIH y DIDH. Para ello identifica seis posibles relaciones,⁵⁰ de las cuales aquí nos centraremos en dos: (a) el DIH especifica una regla del DIDH de manera más precisa; y (b) el DIDH especifica o interpreta una regla de DIDH.⁵¹

De acuerdo a la primera posibilidad, el DIH cumple la función de traducir ciertas reglas de comportamiento y adaptarlas al contexto especial de los conflictos armados, integrando las limitaciones de una manera detallada y específica.⁵² El mejor ejemplo de esta situación es el derecho a la vida previsto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la interpretación que la CIJ ha hecho del mismo en la Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso o amenaza de armas nucleares. En ese caso, las reglas de DIH determinan en qué medida la privación de la vida resulta arbitraria, tomando en cuenta las particularidades propias de los conflictos armados.

Esta sería la relación entre estado de necesidad y necesidad militar, ya que, tal como se explicó, la necesidad militar es la aplicación de la noción de necesidad al contexto de los conflictos armados. Así, lo que está en juego en este caso no es un interés esencial de un Estado, sino el éxito de la operación militar de un beligerante.

El segundo tipo de relación entre normas de diferentes ramas que propone SASSÒLI, en cambio, implica una relación inversa. Tal como lo ha reconocido el CICR, “el DIH contiene conceptos cuya interpretación requiere incluir una referencia al DIDH”.⁵³ En la misma línea, SASSÒLI analiza el ejemplo del artículo 3 común, el cual prohíbe toda condena o ejecución dictada sin juicio previo con las “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Para determinar cuáles son esas garantías, entonces, resulta necesario acudir a otra rama del derecho, el DIDH.

Del mismo modo, la noción de necesidad militar resulta tan abstracta como la de garantías judiciales. En consecuencia, sería posible acudir al régimen de la responsabilidad de los Estados, específicamente a la normativa relativa al estado de

⁴⁹ En apoyo de esta idea, la CDI establece que “una norma especial se adapta más al caso que una general (...) y regula la cuestión de modo más eficaz que las normas generales (...); esto se podría formular también diciendo que las normas especiales permiten mejor tomar en cuenta las circunstancias particulares”. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 39.

⁵⁰ La CIJ también trató el asunto de las posibles relaciones entre DIH y DIDH, reconociendo tres posibilidades: “algunos derechos pueden ser asuntos exclusivos del derecho internacional humanitario; otros pueden ser exclusivamente asuntos del derecho internacional de los derechos humanos; sin embargo, otros pueden ser asuntos de ambas ramas del derecho internacional”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado”, Opinión Consultiva del 9 de Julio de 2004, párr. 106, la traducción es propia. No obstante, a los efectos del presente trabajo se consideró que el test era demasiado abstracto, por lo cual el propuesto por SASSÒLI resulta de mayor utilidad para el análisis.

⁵¹ SASSÒLI (2011:73-76).

⁵² SASSÒLI, M. (2011) “The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts”, en BEN-NAFTALI, O., *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Nueva York: Oxford, p. 73.

⁵³ HENCKAERTS y DOSWALD-BECK (2005:xxxi).

necesidad, para determinar qué circunstancias específicas constituyen una situación de necesidad.

En efecto, la CDI reconoce que “la norma especial como tal prevalece y resulta aplicable en lugar de la general. No obstante, esta sustitución siempre es parcial. La norma más general permanece en un segundo plano ofreciendo pautas de interpretación a la especial”.⁵⁴ Del mismo modo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideró en el caso *AMOCO International Finance Corporation c. Irán* que pese a que una ley especial pueda prevalecer sobre una general, ello no significa que la norma general sea irrelevante. Por el contrario, las normas generales pueden ser útiles para colmar las posibles lagunas de la norma especial, para esclarecer el significado de ciertos términos que no se definen o, en general, para facilitar su interpretación y aplicación.⁵⁵

En consecuencia, es posible afirmar que existe una relación de especialidad entre las nociones de estado de necesidad y la necesidad militar, de modo que esta última es una aplicación de la primera. Al mismo tiempo, el estado de necesidad funciona como norma de interpretación e integración de los vacíos que presenta la necesidad militar.

5. Conclusión

A lo largo del presente trabajo se han comprobado las indefiniciones y ambigüedades que rodean a la noción de necesidad militar. Esto resulta particularmente preocupante en tanto, tal como lo afirma MCCOURTNEY, “como sea que se defina, la necesidad militar claramente funciona como un principio de excepción o suspensión de la operación del *jus in bello* y como tal admite la variación o suspensión en determinadas circunstancias de una norma *prima facie* aplicable.”⁵⁶

No obstante la indefinición normativa, puede notarse que parece existir un cierto acuerdo en la doctrina y jurisprudencia a la hora de integrar esta noción. Esto se debe a la conexión íntima que existe entre ambas nociones y al origen y fundamento común que poseen, que no escapan a la mente de los jueces y doctrinarios. Ya sea consciente o inconscientemente, los jueces y doctrinarios intentar llenar aquellos vacíos dejados por el legislador (a los fines de encontrar el “enfoque común” al cual hacía referencia HIGGINS), para lo cual acuden a otras ramas del derecho donde la noción de “necesidad” se encuentra más desarrollada. Esto es así en tanto, pese a la división en ramas o regímenes autónomos del derecho internacional, el mismo sigue siendo un sistema, lo cual por definición implica una relación entre sus diversos componentes. En palabras de la CDI: “se suele decir que el derecho es un ‘sistema’. Con ello no se quiere significar otra cosa que las distintas decisiones, reglas y principios de que está compuesto el derecho no se relacionan aleatoriamente entre ellas. Aunque los juristas pueden disentir sobre la forma de concebir la relación sistémica entre las diversas decisiones, reglas y

⁵⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 61.

⁵⁵ TRIBUNAL DE RECLAMACIONES IRÁN-ESTADOS UNIDOS (1987) *AMOCO International Finance Corporation c. Irán*, *Irán-U.S. C.T.R.* 2 15, p. 222.

⁵⁶ MCCOUBREY (1991:220).

principios, prácticamente todos están de acuerdo en que establecer esa relación es una de las tareas del razonamiento jurídico”.⁵⁷

No obstante el desarrollo realizado, resultaría interesante considerar si la integración de normas de este modo resulta deseable en el DIH. En efecto, el DIH tiene la particularidad de ser aplicado en circunstancias apremiantes, por personas de formación militar que en general tienen una básica o nula formación jurídica. ¿Resulta razonable exigir a un militar en medio del teatro de operaciones que aplique analógicamente los principios del estado de necesidad? Efectivamente, la respuesta parecería ser negativa. En este contexto, resulta inevitable evocar la frase de HUBER incluida al inicio del presente artículo y afirmar que “no hay rama del derecho en la cual la completa claridad sea tan esencial como en el derecho de guerra”.

Bibliografía

Bibliografía crítica

- DE VISSCHER, C. (1917) “Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité”, *Revue Générale de Droit International Public* 24, 74-108
- DINSTEIN, J. (2004) *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: University Press.
- DINSTEIN, Y. (2010) “Military necessity”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- DUNBAR, N. (1952) “Military necessity in War Crimes Trials: Notes”, *British Yearbook of International Law* 29, 442-452.
- HAYASHI, N. (2010) “Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law”, *Boston University International Law Journal* 28, p. 1.
- HENCKAERTS y DOSWALD-BECK (eds.) (2005) *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja/Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe.
- HIGGINS, R. (2006) “A Babel of judicial voices? Ruminations from the bench”, *International & Comparative Law Quarterly* 55, 791-804.
- HUBER, M. (1999) “Quelques considérations sur une revision éventuelle des conventions de La Haye relatives à la guerre”, *Revue internationale de la Croix-rouge* 37, 439, 417-433.
- LAUTERPACHT, H. (ed.) (1949) *Annual digest and reports of public international law cases*, Londres: Butterworth & Co.
- MCCOUBREY, H. (1991) “The nature of the modern doctrine of military necessity”, *Military Law and the Law of War Review* 30, 215-252.
- MILANOVIC, M. (2011) “Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law”, en BEN-NAFTALI, O. (ed.) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 95-128.
- PICTET, J. (1987) *Commentary on the Additional Protocols*, Ginebra: Martinus Nijhoff Publishers.
- SASSÒLI, M. (2011) “The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts”, en BEN-NAFTALI, O. (ed.) *International Humanitarian*

⁵⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, p. 24.

Law and International Human Rights Law, Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 34-94.

SCHINDLER, D. y TOMAN, J. (2004) *The Laws of Armed Conflicts*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.

Grupos armados desfragmentados: la relativización del DIH como régimen autónomo y la búsqueda de visiones alternativas

Marcos D. Kotlik — Ezequiel Heffes

El derecho internacional humanitario (“DIH”) suele mencionarse como uno de los ejemplos paradigmáticos de un régimen autónomo o especial. Expresa o implícitamente, en la bibliografía sobre el tema subyace la consideración del DIH como un sistema de normas primarias y secundarias “que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general”.¹ Esto resulta incluso más claro cuando se lo presenta como una “rama del derecho internacional” en la que tienen predominancia algunos principios propios. Tal como ha explicado KOSKENNIEMI en el informe elaborado por el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) sobre la fragmentación del derecho internacional, se piensa en el DIH como un ámbito de especialización funcional en el que se aplican normas y técnicas especiales de interpretación y administración, presumiéndose la exclusión o modificación de las normas generales del derecho internacional.²

Sin embargo, esto no debe confundirse en modo alguno con la idea de un DIH aislado del resto del derecho internacional. Por el contrario, son numerosos los ejemplos de las dificultades que conlleva utilizar el término “autónomos” para describir a los regímenes.³ El DIH se relaciona con otros conjuntos normativos de diversas maneras. Por un lado, se integra en el marco general del derecho internacional a través de la aplicación de las reglas básicas relativas a sus fuentes, a la subjetividad internacional y a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, entre otras. También la relación del DIH con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se ha intentado explicar utilizando diferentes perspectivas, postulando desde su completa separación hasta su aplicación complementaria, pasando por la teoría de la *lex specialis*.

En rigor, entonces, el modo en el que pensamos el DIH y sus relaciones no se aleja demasiado de la manera en la que usualmente analizamos cualquier aspecto del derecho internacional. En este sentido, se aplican los mismos institutos, se jerarquizan similares principios y métodos de interpretación, y se conserva el *status quo* de protagonismo estatal frente a cualquier otro actor.

¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 76, párr. 128), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 76, párr. 129; 92, párr. 152.1), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 93, párr. 152.5), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

No obstante, en nuestra opinión, el DIH también permite observar dinámicas que resultan difíciles de explicar desde las visiones predominantes. En efecto, es posible apreciar que algunos elementos propios del DIH repercuten sobre el modo en el que pensamos y aplicamos otras esferas del derecho internacional. Aunque los abordajes tradicionales en la materia no suelen profundizar al respecto, es posible encontrar ejemplos interesantes en el campo de las relaciones DIH–DIDH. Esto es lo que sucede cuando se somete a discusión el significado del término “privación arbitraria de la vida” o el alcance de las reglas que deben observarse en cuanto a la detención de personas, en la medida en que el contexto de conflicto armado conlleva la aplicación de distintos conjuntos normativos que deben ser armonizados.

Ahora bien, incluso yendo más allá de su utilidad en cuanto a la dotación de significado de determinadas expresiones en tiempos de conflicto armado, el DIH ha generado nociones jurídicas propias que pueden tener una fuerte influencia sobre nuestra concepción de otros regímenes y de algunos aspectos generales del derecho internacional. En algunos casos, estas nociones pueden presentarnos un desafío adicional: el potencial alejamiento de las estructuras a las que estamos acostumbrados y con las que solemos sentirnos tan cómodos, que tienen al Estado como protagonista excluyente.

Precisamente, este artículo pretende estudiar la interdependencia entre regímenes poniendo el foco sobre la categoría “grupo armado” (sección 1). A partir de allí, exploraremos visiones tradicionales y alternativas para analizar las relaciones entre esa categoría y otros ámbitos del derecho internacional, a saber, las nociones de subjetividad internacional y fuentes del derecho internacional (apartado 2.1), el *ius ad bellum* (apartado 2.2) y el DIDH (apartado 2.3). En función de ello, expondremos algunas reflexiones finales con miras a futuras investigaciones sobre esta cuestión (sección 3).

1. La categoría “grupo armado”

La noción de “grupo armado”,⁴ en tanto categoría jurídica, está inseparablemente ligada a normas de DIH destinadas a regular situaciones de conflicto armado no internacional (“CANI”). No obstante, desde mediados del siglo XX hasta la actualidad, esta categoría ha resultado cada vez más relevante en discusiones relativas a otros conjuntos normativos que también podrían ser identificados como regímenes autónomos o especiales, así como a cuestiones propias de institutos usualmente asociados a los aspectos generales del derecho internacional.

Una aproximación inicial a los grupos armados permite ubicarlos en el marco de una categoría más amplia de “entidades no estatales”, tal como ha sido utilizada por el Instituto de Derecho Internacional (“IDI”) en su Resolución de Berlín (1999) relativa a la aplicación del DIH y los derechos fundamentales en conflictos armados en los que

⁴Los instrumentos internacionales de DIH han empleado la terminología “grupo armado” o “grupo armado organizado”, mientras que doctrinariamente también se han utilizado otras como “actores armados no estatales” o “grupos armados de oposición”. Aquí hemos optado por usar exclusivamente “grupo armado”, tal como se ha hecho en el estudio sobre DIH consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), pues entendemos que se trata de un término genérico y de uso común, que permite abarcar todos los supuestos regulados por el DIH. Véase COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2009); SASSÒLI (2010: 10–14) y HENCKAERTS y DOSWALD–BECK (2005).

son parte entes no estatales.⁵ Ahora bien, mientras la no pertenencia a las fuerzas armadas estatales parece una condición necesaria para que exista un grupo armado,⁶ no es una condición suficiente. Desentrañar los otros aspectos de relevancia no resulta una tarea fácil, particularmente considerando que la cuestión de los grupos armados en el derecho internacional ha sido tratada tradicionalmente como un asunto interno de los Estados.⁷

Aunque no es posible hallar en derecho internacional una definición de “grupo armado”,⁸ sí es factible afirmar que se trata de una categoría vinculada a la existencia misma de un CANI.⁹ Así, las diferentes normas de DIH que han sido diseñadas contemplando entre sus destinatarios a los grupos armados, al momento de establecer su propio ámbito de aplicación, también han determinado las condiciones de pertenencia a dicha categoría o los requisitos de su existencia.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 (“CG”), por ejemplo, establece su aplicación a “las partes en conflicto” en el marco de un “conflicto armado que no sea de índole internacional”. De esta manera, por oposición a los conflictos armados internacionales (“CAI”) en los que, de conformidad con el artículo 2 común a los CG, se enfrentan las fuerzas armadas de dos o más Estados, los CANI se caracterizan por la participación de al menos un actor no estatal en contra de un Estado o de otro/s actor/es no estatal/es. Precisamente, en el caso *Tadić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”) sostuvo que existe un CANI “cuando quiera que haya [...] una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos”,¹⁰ definición que ha sido receptada también en el artículo 8.2.f. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998.

Si bien una primera lectura del artículo 3 común y del caso *Tadić* no parece brindar demasiados indicios, lo cierto es que sí se ha generado un consenso acerca de algunas características que una entidad determinada debe poseer para ingresar dentro de la categoría “grupo armado”: se trata de un grupo no estatal cuyos integrantes tienen

⁵ INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL (1999) “La Aplicación del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos Fundamentales, en Conflictos Armados en los que son Parte Entidades No Estatales”, adoptada en la Sesión de Berlín el 25 de agosto de 1999, artículo I. Disponible en inglés en http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1999_ber_03_en.PDF (última visita 21 de octubre de 2015). Allí se define a las entidades no estatales como las partes de un CANI que se oponen a las fuerzas armadas gubernamentales, o que se encuentran luchando contra actores con una naturaleza similar y que cumplen con las condiciones establecidas en el artículo 3 común a los CG, o en el artículo 1 del Protocolo Adicional II a los CG. De tal modo, quedan también englobados otros actores no estatales que pueden participar en conflictos armados, como organizaciones internacionales o compañías privadas.

⁶DABONÉ (2012: 75).

⁷Por su parte, la legislación doméstica usualmente considera completamente ilegales a los grupos armados y/o a las actividades por ellos desempeñadas, lo que también ha marcado el difícil camino transitado para alcanzar algún grado de regulación a nivel internacional. Ver ZEGVELD (2002: 56–57).

⁸HAZEN (2010: 373).

⁹ En modo alguno implica esto negar la posibilidad de que un grupo armado eventualmente participe de un CAI, tanto en el caso de hallarse bajo el control de un Estado, como en el supuesto de ajustarse a los requisitos contemplados en el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I a los CG (PA-I). Sin embargo, como veremos luego, la existencia de CANI está condicionada por la participación de al menos un actor no estatal y, por otra parte, se trata de los supuestos en los que los grupos armados participan con mayor frecuencia. Por estos motivos, hemos centrado nuestra atención en los grupos armados en casos de CANI.

¹⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

cierto nivel de organización¹¹ y la capacidad de utilizar la violencia armada de forma prolongada para lograr sus objetivos.¹² Si bien estos elementos son amplios,¹³ sólo su ponderación podrá determinar la existencia de un grupo armado y diferenciarlo de otras organizaciones cuyas actividades también pueden incluir el recurso a acciones violentas, tales como pandillas, estructuras de crimen organizado, comercio ilegal de armas, trata de personas o narcotráfico.¹⁴ Desde luego, esto no significa que no sea posible encontrar casos de superposición, en los que una misma organización desarrolle ambos tipos de actividades, incluso de manera vinculada.¹⁵ En definitiva, el análisis de la situación debe efectuarse caso por caso.¹⁶

Por su parte, el Protocolo Adicional II de 1977 a los CG (PA-II) se refiere a “grupos armados organizados” que se enfrentan con un Estado al interior de éste, exigiendo que tengan un mando responsable y que ejerzan control sobre una parte del territorio estatal, de modo tal que puedan realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, además de aplicar las disposiciones del propio PA-II,¹⁷ excluyéndose los enfrentamientos exclusivos entre actores no estatales. No obstante, debemos enfatizar que estos requisitos no modifican la naturaleza o características de la categoría “grupo armado” tal como es contenida en el artículo 3 común, variando exclusivamente la extensión del plexo normativo aplicable a un tipo determinado de conflicto armado.

La vinculación entre las categorías de grupo armado y de CANI implica, en definitiva, que no puede existir uno sin el otro. A diferencia de las fuerzas gubernamentales que, como órganos estatales, se mantienen a lo largo del tiempo, los grupos armados sólo existirán como entidades pertenecientes a dicha categoría a partir del inicio de un CANI y desaparecerán con la finalización de las hostilidades, sea por su completa eliminación o por su conversión en el nuevo gobierno de un Estado o en un

¹¹El mínimo indispensable de organización debe permitir diferenciarlo de otro tipo de entidades que recurren a acciones violentas en el marco de situaciones exclusivamente internas. Ver HAZEN (2010), PICTET (ed.) (1952: 49–50), SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN (1987: 1354–1356) y MOIR (2002: 34–52). Los criterios para evaluar el nivel de organización, de acuerdo al CICR, son diversos, incluyendo la existencia de una estructura con reglas y mecanismos disciplinarios al interior del grupo, de una sede, la habilidad de poseer, transportar y distribuir armas, de coordinar y llevar a cabo operaciones militares que incluyan el movimiento de tropas y logística y, finalmente, de negociar y concluir acuerdos de cese al fuego o de paz. Véase COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2011: 8) y SIVAKUMARAN (2012: 170–180).

¹²La utilización de violencia armada prolongadamente se relaciona con la intensidad del conflicto. De acuerdo al TPIY ésta se satisface tomando como pautas el número, duración e intensidad de las confrontaciones individuales, el tipo de armas y otros equipos militares utilizados, el número y calibre de las municiones disparadas, el número de personas y tipo de fuerzas participando en las hostilidades, el número de víctimas, la extensión de la destrucción material y el número de civiles que dejan la zona de combate. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj”, Sala de Juicio, IT–04–84–T, 3 de abril de 2008, párr. 49. Otro criterio que ha utilizado el TPIY es que los Estados hagan uso de sus fuerzas armadas y no de la fuerza de policía, aunque esto resulta por demás discutido. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski”, Sala de Juicio, IT–04–82–T, 10 de julio de 2008, párrs. 243, 245–246 y SIVAKUMARAN (2012: 169).

¹³HAZEN (2010: 373).

¹⁴Véase COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2007) y PAULUS y VASHAKMADZE (2009).

¹⁵VITÉ (2009: 49).

¹⁶RONDEAU (2011: 650), COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2007) y PAULUS y VASHAKMADZE (2009).

¹⁷Artículo 1.1, PA-II. Ver SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN (1987: 1347–1356) y SCHMITT (2012: 126–135).

nuevo partido político.¹⁸ Por ello, no parece poder hablarse de grupos armados en tiempo de paz, ajenos a la aplicación del DIH.

2. Los grupos armados más allá del conflicto armado

Pensar el DIH como un régimen especial no aislado implica, por un lado, un ejercicio de reflexión “hacia adentro”, en cuanto a lo que esto significa para las propias normas de DIH. Pero, por otra parte, es preciso analizar qué sucede “hacia afuera”, es decir, en lo concerniente al modo en el que las categorías propias de DIH complejizan nuestro entendimiento de los otros regímenes y/o de los aspectos generales del derecho internacional. De esta manera, así como las nociones generales del derecho internacional condicionan, limitan y moldean el modo en el que pensamos los regímenes especiales,¹⁹ también es posible reflexionar acerca del proceso inverso.

Al explicar que ninguna norma jurídica se aplica aislada de su entorno normativo (incluyendo normas generales y principios relativos a la determinación de sujetos, derechos y obligaciones, así como sus modos de creación y modificación), KOSKENNIEMI ha expresado que los regímenes supuestamente autónomos son un ejemplo de que

[e]s imposible formular pretensiones jurídicas solamente en un sentido limitado, optar por una parte de la ley prescindiendo del resto. El razonamiento jurídico funciona en un sistema cerrado y circular en el que cada reconocimiento o no reconocimiento de la pretensión jurídica sólo puede decidirse reconociendo la corrección de otras pretensiones jurídicas.²⁰

Precisamente, entendemos que las pretensiones jurídicas propias de DIH influyen sobre otros regímenes y aspectos generales del derecho internacional. Si aceptamos dichas aspiraciones, entonces deberíamos analizar qué otros elementos estamos reconociendo como correctos en otros ámbitos del sistema “cerrado y circular”. A su vez, al admitir pretensiones del derecho internacional en general, también deberíamos realizar el mismo examen, contemplando las diferentes “ramas” que quedan englobadas.

Analizaremos en los siguientes párrafos el modo en el que se ha entendido tradicionalmente a los grupos armados en su relación con las nociones de sujeto internacional y de fuente del derecho, el *ius ad bellum* y el DIDH. En cada apartado propondremos también visiones alternativas que hacen posible pensar a la categoría

¹⁸DABONÉ (2012: 65).

¹⁹ Esto es ilustrado por la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 96 y ss., párrs. 160 y ss), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, con relación al DIDH y al derecho internacional del comercio. Asimismo, posteriormente explica que todos los regímenes especiales se relacionan con el derecho internacional general al menos de tres maneras: i) en cuanto los principios de derecho internacional determinan las condiciones de validez de los regímenes, ii) al facilitar recursos para regular su funcionamiento, y iii) al regular lo que sucede cuando las normas de un régimen especial fallan. Cf. también COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 115, párr. 194), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

²⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 72, párr. 122), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

jurídica “grupo armado” (y todo lo que ella implica) en el marco de un sistema más amplio de pretensiones jurídicas que, en consecuencia, pueden llevar a modificar nuestro pensamiento sobre otros elementos del derecho internacional. Las particularidades de la categoría, vinculada a la existencia de un conflicto armado, son las que nos permitirán investigar los resquicios de sus vínculos con aspectos del derecho internacional usualmente “ajenos” al DIH, incluso hasta el punto de hallar algunos desafíos a las concepciones estadocéntricas más tradicionales.

2.1. Los grupos armados frente a la subjetividad internacional y las fuentes del derecho internacional

2.1.1. *Status quo*: la subjetividad limitada

El modo en el que concebimos a los grupos armados se expresa en las definiciones acerca de su naturaleza jurídica en el marco del derecho internacional, en la extensión de sus obligaciones internacionales y también en el fundamento ensayado para sostenerlas. En las aproximaciones teóricas sobre subjetividad y obligaciones internacionales de los grupos armados se encuentra ínsita su absoluta ligazón a la existencia de un conflicto armado.

La afirmación de la subjetividad internacional de los grupos armados²¹ contiene presupuestos teóricos que determinan el lugar que estos actores ocupan en el ordenamiento internacional, sus capacidades y límites en el plano jurídico.²² Existe acuerdo con relación al estatuto objetivo que las normas de DIH confieren a los grupos armados, aunque con limitaciones en cuanto a su capacidad.²³ Estas últimas se refieren fundamentalmente a su existencia transitoria con fines específicos. El principal sustento de esta visión puede identificarse con las teorías denominadas formalistas, que postulan la existencia de un sistema jurídico internacional completamente abierto, en el que cualquier destinatario de normas internacionales es una persona jurídica internacional.²⁴ Así, por ejemplo, la doctrina especializada ha afirmado que los grupos armados tienen personalidad jurídica “en el limitado contexto de los derechos y obligaciones humanitarias que recaen sobre ellas de conformidad con estos dos instrumentos”,²⁵ en referencia al artículo 3 común y al PA-II.

Efectivamente, en la actualidad no resulta cuestionado que los grupos armados se encuentran obligados por normas de DIH, aunque sí hay divergencias en cuanto al fundamento jurídico que da sustento a ello. Si formulamos esta pregunta con relación a los Estados, no caben dudas de que la justificación se halla en la voluntad manifestada por ellos a través de su participación en los procesos de creación de los tratados

²¹SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN (1987: 1372); ABI-SAAB (1988: 223–224); MOIR (2002: 65–67); ZEGVELD (2002: 152) y SASSÒLI (2003: 6).

²²Desde luego, algún grado de integración de los grupos armados al escenario jurídico internacional ha implicado dejar de lado las teorías abiertamente estadocéntricas, como aquellas que postulaban al Estado como único sujeto del derecho internacional, o bien las que le conferían el poder exclusivo de “reconocer” a otros como sujetos. Ver PORTMANN (2010: 35–39; 80–84, 248–257) y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas”, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, 176–179.

²³ZEGVELD (2002: 152); ABI-SAAB (1988: 223–224) y MOIR (2002: 65–66).

²⁴PORTMANN (2010: 173–177).

²⁵SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN (1987: 1372).

internacionales y de las normas consuetudinarias pertinentes.²⁶ En cambio, la voluntad de los grupos armados no suele considerarse como parte integrante del diseño o elección de las normas de DIH.²⁷ De hecho, las principales propuestas al respecto se remiten a las relaciones jurídicas asumidas por el Estado del territorio donde se desarrolla el conflicto armado en el que el grupo armado participa. Por un lado, el argumento de la “soberanía estatal efectiva sobre el territorio” vincula a los grupos armados que pretenden convertirse en gobierno o en un nuevo Estado a las normas asumidas como obligatorias por el gobierno que ejerce soberanía efectiva,²⁸ adelantándose a lo que sucedería en el caso de gobiernos sucesivos.²⁹ Por otra parte, el argumento de la “jurisdicción legislativa doméstica” vincula a los grupos armados con las obligaciones asumidas por el Estado en cuyo territorio luchan, por considerarlos sometidos a su jurisdicción.³⁰

A primera vista, estos fundamentos no parecen necesariamente compatibles con la teoría formal de la subjetividad, puesto que esta última delimita la personalidad jurídica en función de los derechos y obligaciones internacionales que recaen en cabeza de una entidad determinada. Los argumentos de la soberanía estatal efectiva sobre el territorio y de la jurisdicción legislativa doméstica han sido precisamente criticados, además de por algunas de sus implicancias prácticas,³¹ por dejar de lado la relación directa entre el DIH y los grupos armados, enfocándose en cuestiones de derecho doméstico.³² Sin embargo, hay un aspecto central en el que la teoría formalista sí confluye con los argumentos tradicionales para sostener la obligación de cumplir con el DIH en cabeza de los grupos armados: ambos preservan el rol del Estado como protagonista excluyente de los procesos formales de creación de normas. Ninguna de estas aproximaciones teóricas admite siquiera un espacio para cuestionar si el Estado es o no el único sujeto legisferante a nivel internacional.

El mantenimiento de estas posturas, que podemos llamar estadocéntricas moderadas, no es más que un reflejo fiel de la realidad, en la que los Estados continúan siendo los actores de mayor relevancia en el escenario jurídico internacional. Sin embargo, cabe preguntarse si es posible que, al enfocarse predominantemente sobre el Estado, se estén omitiendo dinámicas importantes.

En definitiva, el panorama imperante en la actualidad es uno en el que la categoría “grupo armado” está restringida por una visión estadocéntrica de la subjetividad y de las fuentes del derecho internacional. Estas ideas definen a los grupos armados como sujetos con capacidad limitada, cuyas obligaciones emanan exclusivamente de la actuación estatal. En este sentido, es posible observar al DIH como un régimen especial que no está aislado, puesto que recepta la influencia de aspectos generales como la subjetividad y la teoría de las fuentes del derecho internacional.

2.1.2. Un posible replanteo: participantes en los procesos de creación de normas jurídicas internacionales

²⁶ Véase SHAW (2008: 113–122) y SASSÒLI, BOUVIER y QUINTIN (2011: 149–162) sobre las fuentes de DIH.

²⁷ Véase SOMER (2007: 662) y HENCKAERTS y DOSWALD-BECK (2005: xxxiv–lvii), referidos exclusivamente a la práctica y *opinio iuris* estatal.

²⁸ PICTET (ed.) (1952 [Vol.I]: 51).

²⁹ Al respecto, véase MOIR (2002: 55–56).

³⁰ PICTET (ed.) (1960 [VOL. II]: 34). Véase MOIR (2002: 54) y CASSESE (1981).

³¹ Véase HENCKAERTS (2003: 126); MOIR (2002: 54) y CASSESE (1981).

³² SOMER (2007: 661).

Nos preguntamos si es posible pensar en la interdependencia entre el DIH y los aspectos generales del derecho internacional en el orden inverso. Esto es, a partir de la categoría “grupo armado”, ¿podemos complejizar el modo en el que concebimos la subjetividad internacional y/o las fuentes del derecho internacional?

Debemos comenzar mencionando algunas posturas teóricas que, aunque aún minoritarias, otorgan relevancia a la voluntad de los grupos armados, sosteniendo el principio de igualdad de los beligerantes³³ en búsqueda de una mayor efectividad del DIH. Así, diferentes autores señalan que: i) los grupos armados se encuentran obligados por normas jurídicas de carácter consuetudinario³⁴ al haber participado de su creación,³⁵ y ii) que pueden aceptar derechos y obligaciones establecidos en tratados internacionales celebrados entre Estados, mediante la aplicación de la teoría de los “efectos de los tratados con relación a terceros”.³⁶ Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la escena internacional existen otras herramientas a través de las cuales puede interpretarse que los grupos armados asumen obligaciones internacionales, tales como los códigos de conducta, las declaraciones unilaterales y los acuerdos especiales.³⁷ De tal manera, el foco pasa de la relación entre el Estado y los grupos armados a la relación de estos últimos frente a la comunidad internacional en general, en el marco de la regulación del DIH.³⁸

Al establecer un vínculo entre el fundamento de obligatoriedad de las normas de DIH y el principio de igualdad de los beligerantes se evita la subordinación de las obligaciones de un actor a aquellas que haya asumido otro (como sucede en los esquemas argumentativos de la “soberanía estatal efectiva sobre el territorio” y de la “capacidad de legislar”). En la medida que las partes se encuentren en pie de igualdad, por lo menos jurídicamente, existen más posibilidades de que los grupos armados muestren predisposición a conducir sus acciones de conformidad con las normas de DIH. Esto implica que aquello que los grupos expresan debe ser tenido en consideración a fin de que se promueva el respeto al DIH.³⁹ Esta posición implica que, al menos en cierta medida, deberían equipararse los grupos armados con los Estados.

³³Véase GREENWOOD (1983: 221–234) con relación al principio de igualdad de los beligerantes. Ver también SOMER (2007: 661–662).

³⁴SASSÒLI (2003: 6); SASSÒLI (2010: 13); SOMER (2007: 661); HEFFES y KOTLIK (2015: 1201–1204) y TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, “The Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Buzzy Kamara”, Sala de Apelaciones, SCSL–2004–15–AR72(E) y SCSL–2004–16–AR72(E), Decisión sobre objeción a la jurisdicción: Amnistía del Acuerdo de Lomé, 13 de marzo de 2004, párrs. 45–47.

³⁵TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, IT–94–1–A, 2 de octubre de 1995, párrs. 107–108. Véase también el Informe de la Comisión Internacional de Investigación de las Naciones Unidas para Darfur, 2005.

³⁶CASSESE (1981: 423). Véase también MOIR (2002: 99). Lo contrario es sostenido por BELLAL, GIACCA y CASEY–MASLEN (2011: 56).

³⁷Véase HEFFES y KOTLIK (2015), en donde ya hemos analizado la naturaleza jurídica de los acuerdos especiales y su relevancia práctica y teórica, y SIVAKUMARAN (2011), quien describe y ejemplifica las declaraciones unilaterales, acuerdos *ad hoc* y códigos de DIH, así como legislación aprobada por grupos armados. Véase también CICR (2008: 16–27) y LA ROSA y WUERZNER (2008).

³⁸MOIR (2002: 54) y CASSESE (1981).

³⁹BANGERTER (2011). En un estudio ciertamente interesante relativo a las razones que los grupos armados expresan a fin de respetar o no el DIH, este autor afirma que “para conseguir que ellos respeten el derecho, o que lo respeten mejor, tenemos que entender los factores que influyen sus decisiones”. Por lo tanto, los grupos armados deben ser escuchados, pero “el respeto al DIH sólo puede ser animado – y por lo tanto mejorado– si las razones usadas por los grupos armados para justificar el respeto o falta de ello se entienden y sus argumentos a favor del respeto toman esas razones en consideración”.

Es posible que para ello deba repensarse la subjetividad y, como ha propuesto ZEGVELD, enfatizarse más bien el rol efectivo que determinados actores ocupan en las relaciones internacionales.⁴⁰ Precisamente, siguiendo la línea marcada por HIGGINS en cuanto a la relevancia de todos los actores de las relaciones internacionales para el sistema jurídico internacional, en mayor o menor grado, de acuerdo a su actuación efectiva, es posible adoptar un abordaje teórico que plantee al derecho internacional como un continuo y dinámico proceso de toma de decisiones por parte de diversos participantes.⁴¹ Así, podemos imaginar a los grupos armados, a través de sus diversas formas de expresarse, como participantes en la elaboración de normas jurídicas internacionales, e incluso impulsando otros procesos heterodoxos de creación normativa.⁴²

Ahora bien, la introducción de estas perspectivas podría llevar a cualquiera a pensar que nos encontramos ante una prueba de la pretendida autonomía del régimen especial que supone el DIH. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, lo que aquí sucede es que la dinámica propia del DIH nos fuerza a repensar el modo en el que entendemos las categorías básicas del derecho internacional y su utilidad o no,⁴³ por cuanto resultan insuficientes para dar cuenta de estos fenómenos. Lejos de permitirnos sostener que existe un mayor grado de autonomía por parte del DIH, parecería tratarse de una nueva manifestación de su interdependencia con otros aspectos del derecho internacional, aunque ahora manifestándose de forma recíproca. Es decir, ya no es sólo el DIH el que debe interpretarse a la luz de otras normas jurídicas internacionales de carácter general, sino que estas últimas también pueden ser releídas de acuerdo a sus manifestaciones específicas en el campo del DIH.

2.2. Los grupos armados frente al uso de la fuerza

2.2.1. *Status quo*: asuntos internos

El artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas es donde se halla consagrada convencionalmente la prohibición del uso de la fuerza. Los términos en los que está redactado indican que son los miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), esto es, los Estados, quienes se abstendrán del mencionado uso (o de su amenaza), en sus relaciones internacionales, contra la integridad territorial o la independencia política de otros Estados, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la ONU. De allí se derivan consecuencias de central relevancia que suelen definir el modo en el que se entiende tradicionalmente el *ius ad bellum* con relación a los grupos armados.

El razonamiento seguido es que la lectura del artículo 2.4 de la Carta de la ONU, en conjunción con el artículo 2.7, indica que los Estados han conservado bajo la órbita de su derecho interno el monopolio de la violencia en su propio territorio contra cualquier levantamiento hostil. Es decir, la interdicción contenida en la Carta, en principio, sólo atañería a los Estados en sus relaciones mutuas, no contemplando las situaciones que nacen exclusivamente al interior de sus fronteras. De tal modo, el uso de

⁴⁰ZEGVELD (2002: 152).

⁴¹HIGGINS (1991: 79–81) y PORTMANN (2010: 208–213).

⁴² Al respecto, ROBERTS y SIVAKUMARAN (2012) proponen una forma interesante de entender y sistematizar estos procesos heterodoxos.

⁴³ Este aspecto también es tenido en cuenta por SASSÒLI (2010: 13–26).

la fuerza en el interior de un Estado entre este y un actor no estatal no se encuentra prohibido por el derecho internacional y, por lo tanto, se encuentra permitido, o al menos tolerado.⁴⁴

De este modo, puede arribarse a las siguientes conclusiones: i) los Estados tienen un derecho a reprimir por las armas el comportamiento de los grupos armados que actúan en su territorio;⁴⁵ ii) no existe en derecho internacional una prohibición de levantarse contra el Estado que alcance a los grupos armados y, en todo caso, esto puede estar reprimido por el derecho interno.

En el marco de este razonamiento, entonces, los grupos armados no se ven afectados en lo más mínimo por el *ius ad bellum*. A su vez, esta visión reafirma el protagonismo del Estado, único sujeto que estaría alcanzado por el *ius ad bellum* y, además, que conserva la prerrogativa de hacer uso de la fuerza contra otros actores y de prohibirles a estos la ejecución de acciones semejantes.

2.2.2. Un posible replanteamiento: hacia una regulación del uso de la fuerza más comprensiva y más efectiva

Nos preguntamos aquí si es posible que la realidad imperante desde la creación de la ONU hasta ahora haya llevado a modificar los alcances de la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional. En efecto, en un contexto en el que la mayoría de los conflictos armados son de carácter no internacional, lo que implica el involucramiento de al menos un actor estatal, es lógico que hayan surgido visiones diferentes.

TSAGOURIAS, por ejemplo, ha señalado que la costumbre internacional es un derecho *à la carte* que obliga a todos los entes internacionales, incluso a aquellos no estatales, aunque no como sujetos plenos de derecho internacional sino en su calidad de actores.⁴⁶ En tanto tienen capacidad de actuar y sus acciones poseen consecuencias en la esfera internacional, entonces deben estar alcanzados por la prohibición del uso de la fuerza. Aunque en este caso la posición aparece inicialmente como innovadora, el autor también ha afirmado que “los actores no estatales son tratados como objetos legales, como destinatarios del derecho por su calidad de actores”.⁴⁷ En este sentido, los coloca en un lugar secundario.

KOLB, en cambio, ha postulado que en verdad otros sujetos de derecho internacional, en tanto capaces de utilizar la fuerza en las relaciones internacionales, también se encuentran bajo la órbita de la prohibición del uso de la fuerza contemplada en la Carta de la ONU, aunque sugiriendo que “[e]n el caso de grupos ‘privados’, se exigirá que posean una forma de control territorial efectivo y relativamente independiente”.⁴⁸ Ahora bien, *a priori*, si pensamos en la subjetividad de los grupos armados en su versión tradicional —esto es, entendida como una personalidad jurídica limitada al DIH—, entonces seguirían quedando afuera de esta visión. Sin embargo, es imposible no notar que la lógica del autor mencionado parece contener elementos que aluden directamente a la noción de grupo armado. Parece casi una contradicción no

⁴⁴Véase, entre otros, KOLB (2009: 247), CONDORELLI (2003: 178), MÜLLERSON (2002: 177), DABONÉ (2012: 304–305), FRANCK (1970: 812–820) y OKIMOTO (2011: 7–8).

⁴⁵DABONÉ (2012: 304–305) y CONDORELLI (2003: 178).

⁴⁶TSAGOURIAS (2011: 327).

⁴⁷TSAGOURIAS (2011: 327).

⁴⁸KOLB (2009: 240).

referirse a grupos armados cuando pensamos en actores “privados” que utilizan la fuerza armada y poseen un determinado control territorial. No obstante, este planteo sigue conteniendo elementos que se vinculan más bien a aproximaciones estadocéntricas y que requerirían repensar qué implica la condición de “sujeto” para los grupos armados.

En rigor, coincidimos con la posibilidad de interpretar a la regulación del uso de la fuerza con un alcance más comprehensivo a fin de incluir a los grupos armados. Creemos que existen argumentos adicionales para sostenerlo, relacionados a la práctica del Consejo de Seguridad de la ONU,⁴⁹ así como al modo en el que entendemos la excepción a la prohibición cuando se trata de la lucha de un pueblo por su autodeterminación.⁵⁰ En este sentido, consideramos que el desarrollo de categorías jurídicas de actores no estatales en el marco del *ius in bello*, particularmente la de “grupos armados”, ha fomentado el debate acerca de la necesidad de un *ius ad bellum* que las alcance y, en definitiva, también ha facilitado la posibilidad de pensar que eso efectivamente suceda.

Desde luego, existen consideraciones en torno a la posible efectividad del vínculo del *ius ad bellum* con los grupos armados. Es decir, si estamos en condiciones de afirmar la existencia de una norma jurídica internacional, deberíamos preocuparnos por brindar un sustento teórico que sea más adecuado para intentar contribuir a garantizar su cumplimiento. Precisamente, en el apartado 2.1 hemos analizado la posible participación de los grupos armados en el proceso de creación del DIH, sugiriendo que su aceptación es importante en términos de efectividad del ordenamiento. ¿Podría intentarse la misma aproximación en cuanto al *ius ad bellum*? Tomar en cuenta la *praxis* y la *opinio iuris* de los grupos armados sería algo difícil de concretar, aunque sin dudas brindaría la posibilidad de arribar a resultados más realistas. La pregunta clave, en todo caso, es ¿cuáles serían esos resultados?

Una vez más, pensar la interdependencia entre la categoría “grupo armado” y el *ius ad bellum*, en términos recíprocos y divergentes del protagonismo estatal, nos presenta nuevos interrogantes. Quizás el más relevante se deriva de pensar la categoría

⁴⁹ Por ejemplo, para algunos autores, la mención a la legítima defensa en las cláusulas preambulatorias de las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad son indicios suficientes de que la situación allí tratada (los atentados del 11 de septiembre de 2001, cometidos por un actor no estatal, al menos de acuerdo a la información con que se contaba en ese momento), constituía un ataque que quedaba encuadrado en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. Véase CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU, Resolución 1368 (2001) (S/RES/1368), 12 de septiembre de 2001 y Resolución 1373 (2001) (S/RES/1373), 28 de septiembre de 2001. Para los argumentos a favor y en contra de esta conclusión, ver MÜLLERSON (2002: 172–175). Ver también SHAW (2008: 1136), LUBELL (2010: 34), CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Actividades armadas en el territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Uganda), Sentencia del 19 de julio de 2005, Opinión Separada del Juez KOOIJMANS párrs. 25–31 y Opinión Separada del Juez SIMMA párrs. 8–13. Para otros ejemplos, ver TSAGOURIAS (2011: 329–333). Entre ellos, quizás el más notable es la resolución 1701 (2006) del Consejo de Seguridad, llamando a un cese de hostilidades entre Israel y Hezbollah. Desde nuestra perspectiva, si se acepta que la legítima defensa puede ejercerse contra actores no estatales, parecería inevitable reconocer la existencia de una relación en términos de *ius ad bellum*, es decir, regulada por derecho internacional. De otro modo podríamos arribar al contrasentido de aplicar el derecho internacional a la respuesta estatal y, al mismo tiempo, dejar al ámbito doméstico el uso de la fuerza por parte de un actor no estatal. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU, Resolución 1701 (2006) (S/RES/1701), 11 de agosto de 2006.

⁵⁰ Se ha argumentado, por ejemplo, que el derecho a la libre determinación daba a los Movimientos de Liberación Nacional un estatus internacional que posibilitaba el uso de la fuerza amparado en la legítima defensa contra la agresión, constituida en momentos de colonialismo, racismo u ocupación extranjera. Ver KOLB (2009: 320) y KAMTO (2010: 210–213).

como ineludiblemente ligada a la existencia de un conflicto armado. En este sentido, cabría preguntarse cuál es el actor estatal obligado por el *ius ad bellum* si no podemos hablar de un grupo armado como tal con anterioridad al conflicto. ¿O acaso deberíamos modificar el modo en el que pensamos la categoría “grupo armado”, admitiendo su constitución previa al conflicto?

En rigor, aunque reconocemos que la categoría jurídica “grupo armado” en sí misma posee limitaciones, centramos nuestra posición en la necesidad de concebir un derecho internacional preparado para lidiar con todo tipo de conflictos armados, pero también dispuesto a afirmar su certera oposición al uso de la fuerza como un principio de mayor relevancia al de la soberanía estatal. Lo contrario, como ha demostrado la realidad, no evita el inicio de las hostilidades, simplemente las “des-internacionaliza”.

2.3. Los grupos armados frente al DIDH

2.3.1. *Status quo*: un debate inconcluso

Numerosos escritos se han dedicado al estudio de la relación entre el DIH y el DIDH. Allí se han sugerido alternativas para entender la relación entre estos dos regímenes jurídicos, entre las que se han destacado: a) la completa separación; b) la teoría de la *lex specialis*; c) la convergencia y complementariedad.

a) *Completa separación*: PICTET explicaba que a pesar de que el DIH y el DIDH poseen como origen común la necesidad de proteger al individuo de aquellos que buscan destruirlo, el primero se aplica con exclusividad a las hostilidades, mientras que el segundo hace lo propio en tiempos de paz.⁵¹ No obstante, esta teoría entró en declive luego de la Conferencia de Teherán de 1968, en la que se planteó la posible aplicación del DIDH durante conflictos armados y, especialmente, cuando en 1977 se incluyeron garantías propias de ese ordenamiento en el artículo 75 del PA-I y en el artículo 4 del PA-II. Aunque algunos autores aún consideran que el DIDH y el DIH son completamente diferentes y que su mixtura deviene en su respectiva inutilización,⁵² hoy en día esta postura ha sido dejada de lado por la gran mayoría de la doctrina y también ha sido expresamente rechazada por varios órganos cuasi-judiciales y judiciales internacionales, incluyendo la Corte Internacional de Justicia (CIJ).⁵³

b) *Teoría de la lex specialis*: una segunda alternativa, que toma como punto de partida la posible aplicación del DIDH en tiempos de conflicto armado, postula que cuando dos normas regulan una misma situación debe aplicarse el principio de *lex specialis derogat legi generali*. Esta postura, de hecho, ha sido receptada por la CIJ.⁵⁴ A su vez, SASSÒLI ha explicado que es “generalmente aceptado que los problemas de aplicación e interpretación causados por la superposición de DIH y DIDH son resueltos por [esta] máxima”,⁵⁵ proponiendo la realización de un análisis casuístico para

⁵¹ PICTET (1973: 13). Allí PICTET parece fundarse en la definición de persona protegida dada por el CG-IV, la cual es determinada por la nacionalidad del individuo que se encuentra bajo el control de una Potencia Ocupante.

⁵² BEN-NAFTALI (2011: 5) y BOWRING (2009: 485-498).

⁵³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, párr. 25. Ver también COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General No. 31 (2004), párr. 11.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, párr. 25.

⁵⁵ SASSÒLI (2011: 69).

determinar qué regla resulta la *specialis*, entendiéndose como tal aquella que tenga el ámbito de aplicación material o personal más preciso de acuerdo a la situación.⁵⁶ Entre las críticas atendibles a esta postura⁵⁷ se encuentra el hecho que existen muchas coincidencias entre el DIH y el DIDH, lo que reduce los choques de normas genuinos,⁵⁸ así como la dificultad de conciliar aplicaciones excluyentes entre ambos regímenes, particularmente cuando su propósito común parece ser la imposición de límites a la violencia y la protección de personas vulnerables.

c) *Convergencia y complementariedad*: una tercera aproximación sugiere que ambos cuerpos jurídicos son, de hecho, complementarios y convergentes. Es decir, se refuerzan mutuamente en algunas áreas que aparecen como exclusivas de un régimen u otro, pero también se aplican de forma conjunta en aspectos que les son comunes. Las referencias conjuntas a ambos regímenes pueden rastrearse desde la Resolución XI de la Conferencia de Teherán de 1968 hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pasando por los PA de 1977 y por la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Optativo de 2000.⁵⁹ De acuerdo a esta visión, en la convergencia entre el DIH y el DIDH, ambos constituyen aspectos separados de un mismo sistema de protección.⁶⁰ Las referencias a normas de derecho internacional que protegen los derechos humanos en instrumentos de DIH, como en el artículo 72 del PA-I y el preámbulo del PA-II, así como la inclusión de cláusulas específicas sobre garantías fundamentales, han sido interpretadas como pasos hacia la humanización del DIH.⁶¹ Incluso el artículo 3 común a los CG deja entrever cierta influencia del DIDH al incorporar algunos estándares mínimos para el tratamiento de la persona, reflejando la progresiva relevancia de los derechos humanos a partir de la Declaración Universal en 1948. El desarrollo complementario de ambos regímenes también ha sido abonado por el CICR⁶² y por la CIJ.⁶³

Si bien en los últimos años la teoría de la convergencia y complementariedad ha ganado protagonismo, algunos autores de renombre continúan sosteniendo la teoría de la *lex specialis*. Estas aproximaciones disímiles a la relación DIH-DIDH, no obstante, tienen dos elementos en común: i) muestran cómo el DIH no es completamente autónomo; ii) dirigen su análisis en torno a las posibles consecuencias en términos de obligaciones para el Estado, su posible responsabilidad internacional y su eventual deber de reparación.

2.3.2. Un posible replanteo: la humanización de los grupos armados

⁵⁶SASSÒLI (2011: 71).

⁵⁷SASSOLI (2011: 78) y MILANOVIC (2011: 102).

⁵⁸MILANOVIC (2011: 102). El mencionado autor reconoce como choque de normas genuinos a aquellos con relación a los cuales fallan todas las técnicas para evitarlos, por lo que no pueden ser sorteados, pero sí resueltos. En su trabajo, incluye dentro de estos al surgido del caso *Al-Jedda c. Reino Unido* entre una autorización del Consejo de Seguridad y el artículo 5(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos, resuelto a favor del primero con fundamento en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. MILANOVIC (2011: 116).

⁵⁹BEN-NAFTALI (2011: 4-5).

⁶⁰KÁLIN y KÜNZLI (2009: 179).

⁶¹MILANOVIC (2011: 96).

⁶²KÁLIN y KÜNZLI (2009: 179).

⁶³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, párr. 106 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Actividades armadas en el territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Uganda), Sentencia del 19 de julio de 2005, párrs. 216-217.

A pesar de los nutridos debates acerca de la relación DIH–DIDH, son pocos los análisis teóricos que se han ocupado de examinar el modo en el que dicha interacción afecta y se ve afectada por la participación de los grupos armados. Precisamente, consideramos que la presencia protagónica de estos actores no estatales en los conflictos armados actuales impone la necesidad reflexionar nuevamente acerca de la relación DIH–DIDH, poniendo el foco sobre la protección de las personas. Por ello, tomamos como punto de partida la teoría de la convergencia y complementariedad, con la esperanza de continuar profundizando la flexibilización de las aparentes fronteras entre ambos regímenes.

No son pocos los autores que ya han señalado que estos dos regímenes se están fusionando, abriendo las puertas a nuevos paradigmas que sustenten un proyecto humanístico.⁶⁴ En la misma línea, las “Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción”, también conocidas como la Declaración de Turku, parecieron pregonar por la existencia de un mínimo de normas surgidas de ambos regímenes aplicables en todo momento.⁶⁵

Los argumentos a favor de la “humanización” no están exentos de críticas. SHANY, por ejemplo, ha señalado que “las tensiones ideológicas entre los dos campos que apoyan los paradigmas en competencia no pueden evitarse, incluso si un paradigma mixto se desarrollara”, puesto que, en su opinión, esto sólo perpetuaría los conflictos preexistentes, aunque canalizados en el desacuerdo acerca del contenido y dirección de ese nuevo paradigma mixto.⁶⁶

La humanización del derecho internacional humanitario, desde luego, implica animarse a recorrer terrenos pantanosos. Por un lado, podría conllevar riesgos si se entiende que el DIDH debe adquirir un carácter predominante, olvidando la excepcionalidad de algunas reglas del DIH. Por otra parte, afrontar ese riesgo implicaría buscar una fusión que implique, en cambio, una posible flexibilización del DIDH en el marco de contextos de conflicto armado, a fin de que su aplicación conjunta con el DIH sea posible y, a su vez, práctica. En rigor, una concepción semejante lleva a aceptar que algunas situaciones no pueden ser resueltas utilizando técnicas de interpretación de la relación DIH–DIDH, sino que requieren apelar a un proceso de toma de decisiones de tipo político.⁶⁷ Lo que no deberá perderse de vista es que el límite de dicho proceso será mantener la protección de los valores que el propio DIDH pretende, pues de otra forma incluso se los pondría en riesgo en tiempos de paz.⁶⁸

Poner el foco en el individuo, en aras de maximizar su protección en todo contexto es, desde nuestro punto de vista, lo que nos permite intentar una respuesta más acabada a una serie de preguntas que muchas veces ni siquiera se formulan: ¿qué sucede cuando en el contexto de un conflicto armado las personas están bajo el control de un actor armado no estatal? ¿De qué modo se resguardan sus derechos fundamentales? ¿Puede considerarse a un grupo armado como obligado por el DIDH?

⁶⁴BEN-NAFTALI (2011: 6); QUENIVET (2008: 9–10) y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vucovic”, Sala de Juicio, IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, párr. 467.

⁶⁵ Declaración de Turku sobre las Normas Humanitarias Mínimas (Declaración de Turku, 1990)

⁶⁶SHANY (2011: 13).

⁶⁷MILANOVIC (2011: 98).

⁶⁸MILANOVIC (2011: 97).

Si bien existe bibliografía especializada que se aproxima a este tema, el debate está centrado en la afirmación o no de estas obligaciones en cabeza de los grupos armados. Sin embargo, no se profundiza en los posibles fundamentos de tal atribución de obligaciones. Entendemos que el paradigma humanizador puede servir para abordar ambas cuestiones.

Recapitulando, entonces, proponemos pensar en la relación DIH–DIDH en función de la noción de grupo armado (vinculada a la existencia misma del conflicto armado) y, a su vez, poniendo énfasis en la protección del individuo. En esta clave, entendemos que existen varios caminos que pueden, en conjunto, ayudar a definir la existencia, fundamento y extensión de las obligaciones de derechos humanos en cabeza de los grupos armados.

El foco puesto en la protección de los individuos cobra especial relevancia porque parece una cuestión de sentido común que si los grupos armados tienen control sobre personas, no pueden dejar de respetar y garantizar sus derechos fundamentales. En alguna medida, esto se ha materializado, por ejemplo, en la inclusión de este tipo de obligaciones en tratados internacionales (como la prohibición de reclutar o utilizar en las hostilidades a personas menores de 18 años, contenida en el artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Sin embargo, este criterio también puede hallarse en la búsqueda de una interpretación armonizadora de las normas de DIH, como el artículo 3 común o el PA–II, que contienen referencias concretas a garantías propias del DIDH. En este sentido, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, nos indica que deberíamos mirar “al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Y, más concretamente, el artículo 31.3.b. y c. incluye como criterios relevantes, respectivamente, “la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” y “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.⁶⁹ Asimismo, uno de los relatores especiales de la CDI ha considerado recientemente que la práctica subsecuente también incluye prácticas por entidades no estatales, las cuales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del tratado.⁷⁰ De tal modo, si el DIDH es utilizado para interpretar el DIH, esto parecería derivar de la práctica posterior de las partes, o bien de otras normas de derecho internacional aplicables entre las partes. Es decir, si consideramos a los grupos armados como obligados por estas normas de DIH, la conclusión que se impone es que estos actores están alcanzados también por normas de DIDH, sea a través de su participación en la práctica seguida posteriormente, o bien porque se acepta que las normas los obligan directamente.

Desde luego, para completar los argumentos acerca de la existencia de obligaciones de derechos humanos en cabeza de los grupos armados y su fundamento, debemos recordar nuevamente los conceptos mencionados en el apartado 2.1. Esto es, la búsqueda de efectividad de las normas internacionales impone siempre la necesidad de

⁶⁹ Debemos hacer notar que la terminología “toda forma” puede resultar confusa. Al consultar las versiones en inglés y francés del tratado, es claro que la norma se refiere a cualquier otra norma de derecho internacional, puesto que la terminología utilizada es, respectivamente, “any relevant rules” y “de toute règle”.

⁷⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2014: 20, párr. 42), “Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties”.

tener en cuenta la propia voluntad de los grupos armados en los procesos de creación de normas internacionales.

Ahora bien, ¿qué implica esta perspectiva humanizadora en términos de la fragmentación sustantiva del derecho internacional? Esencialmente, al reconocer la realidad de los conflictos armados actuales se matiza la idea del Estado como único obligado en términos de derechos humanos, incluyendo a otros actores relevantes. A su vez, el foco puesto en el individuo, en tanto destinatario de la protección, permite replantearnos el fundamento y extensión de las obligaciones de derechos humanos y su relación con el DIH. En definitiva, todo parece conducir a reafirmar que, como regímenes especiales, el DIH y el DIH no son autónomos. Por el contrario, la protección de las personas parece exigir de algún modo la profundización de su interdependencia.

3. Repensando el significado de la autonomía del DIH: algunas consideraciones a modo de conclusión

Decir que el derecho es un sistema implica que “las distintas decisiones, reglas y principios de que está compuesto el derecho no se relacionan aleatoriamente entre ellas”.⁷¹ KOSKENNIEMI ha explicado que la tarea del intérprete jurídico muchas veces consiste en “vincular una norma poco clara con una finalidad y, de esta manera, al mostrar su posición dentro de algún sistema, justificar su aplicación de una forma y no de otra”,⁷² construyendo relaciones sistémicas entre reglas y principios al considerarlos parte de una actitud o finalidad humana.⁷³

En este sentido, resulta lógico que los problemas identificados con la fragmentación sustantiva del derecho internacional se relacionen con el desarrollo de normas o instituciones especiales

con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional [que tienen como resultado] conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho.⁷⁴

En esa misma línea, hemos intentado reflejar a lo largo de este capítulo cómo se generan inconvenientes prácticos cuando, aun aceptando que los regímenes no son autónomos, se adopta una visión acotada de sus relaciones con otros aspectos del derecho internacional. Así, hemos visto cómo al priorizar el protagonismo estatal en términos de subjetividad internacional y de procesos de creación de normas

⁷¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 24, párr. 33), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

⁷² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 25, párr. 34), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

⁷³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 25, párr. 35), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

⁷⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 12, párr. 8), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

internacionales, nos topamos con algunos problemas. En términos generales, esas visiones parecen fallar a la hora de describir, comprender y abordar dinámicas que ocurren en la actualidad, por ejemplo, la participación de grupos armados en procesos heterodoxos de creación normativa, o su asunción de obligaciones más allá de lo que estrictamente llamaríamos DIH.

Asimismo, al examinar las relaciones del DIH con el *ius ad bellum* y con el DIDH, hemos advertido cómo la visión estadocéntrica genera problemas en cuanto a los valores esenciales del derecho internacional. En términos del uso de la fuerza, el modo en el que se plantea su completa separación del *ius in bello* parece conducir, a la larga, a priorizar la no injerencia en los asuntos internos por sobre la paz y seguridad internacionales. En cuanto al DIDH, los diversos paradigmas centrados exclusivamente en las obligaciones que corresponden a los Estados sólo han permitido una tímida aceptación de algunas obligaciones en cabeza de otros actores, sin dar soluciones reales a la disminución de la protección de los individuos en tiempos de conflicto armado.

No caben dudas, a esta altura, de que no es tal la supuesta autonomía del DIH como régimen especial del derecho internacional. Sin embargo, el modo en el que concibamos su relación con otros regímenes y con los aspectos generales del ordenamiento puede condicionar seriamente los resultados en cuanto a los niveles de protección que se alcancen y a su efectividad.

Tomando como punto de partida la categoría “grupo armado”, hemos propuesto la necesidad de replantear el modo en el que el DIH se relaciona con las nociones de subjetividad internacional y de fuentes del derecho internacional, reflexionando acerca de su utilidad o no. Además, también hemos presentado la posibilidad de pensar en una regulación del uso de la fuerza más comprensiva, así como una aplicación conjunta y fortalecida de los derechos humanos en tiempos de conflicto armado, abarcando en ambos casos los supuestos que involucran a grupos armados.

En nuestra opinión, pensar en el derecho internacional como un sistema que debe ser interpretado armónicamente requiere reconocer la relevancia de la actuación de numerosos actores. Al mismo tiempo, sin embargo, debe recordarse lo sostenido por Lauterpacht: el individuo es la “unidad fundamental” del derecho internacional.⁷⁵ Precisamente, la protección de la persona está en el centro del DIDH, del *ius ad bellum* y del DIH. Esa protección no debe ser fragmentada.

Bibliografía

Jurisprudencia y otros documentos

COMISIÓN INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA DARFUR, Informe de 2005.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2014), “Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties”. Disponible en línea en inglés en <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/671>> (última visita: 28 de septiembre de 2015).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

⁷⁵ LAUTERPACHT, H. (1975: 526–527).

- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General No. 31 (2004).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2011) *31th International Conference of the Red Cross and Red Crescent: International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Ginebra, Suiza.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2009), Guía para interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, 2009. Disponible en línea en español en <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf> (última visita: 28 de septiembre de 2015).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2008), *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, 2008. Disponible en línea en inglés en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0923.pdf> (última visita: 28 de septiembre de 2015).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2007) *30th Red Cross and Red Crescent: International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Ginebra, Suiza.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1701 (2006) (S/RES/1701), 11 de agosto de 2006.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1368 (2001) (S/RES/1368), 12 de septiembre de 2001.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1373 (2001) (S/RES/1373), 28 de septiembre de 2001.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Actividades armadas en el territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Uganda), Sentencia del 19 de julio de 2005, *I.C.J. Reports* 2005.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado”, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, *I.C.J. Reports* 2004.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, *I.C.J. Reports* 1996.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas”, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, *I.C.J. Reports* 1949.
- Declaración de Turku sobre las Normas Humanitarias Mínimas (Declaración de Turku, 1990)
- INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, “La Aplicación del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos Fundamentales, en Conflictos Armados en los que son Parte Entidades No Estatales”. Adoptada en la Sesión de Berlín el 25 de agosto de 1999. Disponible en línea en inglés en <http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1999_ber_03_en.PDF> (última visita: 21 de octubre de 2015).
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, Sala de Apelaciones, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vucovic”, Sala de Juicio, IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski”, Sala de Juicio, IT-04-82-T, 10 de julio de 2008.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj”, Sala de Juicio, IT-04-84-T, 3 de abril de 2008.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, “The Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Buzzy Kamara”, Sala de Apelaciones, SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), Decisión sobre objeción a la jurisdicción: Amnistía del Acuerdo de Lomé, 13 de marzo de 2004.

Bibliografía crítica

- ABI-SAAB, G. (1988) “Non-international armed conflicts”, en *International dimensions of humanitarian law*, Ginebra: Instituto Henry Dunant/UNESCO, 217–239.
- QUÉNIVET, N. (2008) “Introduction. The History of the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law” en ARNOLD, R. y QUÉNIVET, N. (eds.) (2008) *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1–12.
- BANGERTER, O. (2011) “Reasons why armed groups choose to respect international humanitarian law or not”, *International Review of the Red Cross* No. 882, 353–384.
- BELLAL, A. GIACCA, G. y CASEY-MASLEN, S. (2011) “International law and armed non-state actors in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross* No. 881, 47–79.
- BEN-NAFTALI, O. (2011) “Introduction: International Humanitarian Law and International Human Rights Law—Pas de Deux” en BEN-NAFTALI, O. (ed.) (2011) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford: University Press, 3–13.
- BOWRING, B. (2009) “Fragmentation, *Lex Specialis* and the Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Journal of Conflict & Security Law* 14 (3), 485–498.
- CASSESE, A. (1981) “The Status of Rebels Under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly* 30, 416–439.
- CONDORELLI, L. (2003) “Conclusions” en FLAUSS, J-F. (dir.) (2003) *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruselas: Bruylant/Nemesis.
- DABONE, Z. (2012) *Le Droit International Public Relatif aux Groupes Armés Non Etatiques*, Ginebra: Schulthess/Universidad de Ginebra/L.G.D.J.
- FRANCK, T. (1970) “Who Killed Article 2 (4)? Or Changing Norms Governing the Use of Force By States”, *American Journal of International Law* No. 64, 809–837.
- GREENWOOD, C. (1983) “The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello*”, *Review of International Studies* 9, 221–234.
- HAZEN, J. (2010) “Understanding gangs as armed groups”, *International Review of the Red Cross* No. 878, 369–386.
- HEFFES, E. y KOTLIK, M. D. (2015) “Special Agreements as means to enhance compliance with IHL in Non-International Armed Conflicts: An inquiry into the governing legal regime”, *International Review of the Red Cross* 895/896, 1195–1224.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L. (2005) *Customary International Law*, Vol. I, Cambridge: University Press.
- HIGGINS, R. (1991) “International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course on Public International Law”, *RCADI* 230 (1991-V), 9–342.
- KAMTO, M. (2010) *L'agression en droit international*, Paris: Pedone.
- KÄLIN, W. y KÜNZLI, J. (2009) *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford: University Press.
- KOLB, R. (2009) *Ius contra bellum. Le droit international relative au maintien de la paix*. Basilea/Bruselas: Helbing Lichtenhahn/Bruylant.
- LA ROSA, A. & WUERZNER, C. (2008) “Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross* 870, 327–341.
- LAUTERPACHT, H. (1975) “The Subjects of the Law of Nations” en Lauterpacht, E. (ed.) *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge: University Press, 487–533.
- LUBELL, N. (2010) *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford: University Press.

- MILANOVIC, M. (2011) “Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law” en BEN-NAFTALI, O. (ed.) (2011) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford: University Press, 95–125.
- MOIR, L. (2002) *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge: University Press.
- MÜLLERSON, R. (2002) “Jus Ad Bellum: Plus ça change (le monde), plus ça reste la même chose (le droit)”, *Journal of Conflict and Security Law* 7, 149–189.
- OKIMOTO, K. (2011) *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- PAULUS, A. y VASHAKMADZE, M. (2009) “Asymmetrical war and the notion of armed conflict—a tentative conceptualization”, *International Review of the Red Cross* 873, 95–125.
- PICTET, J. (1973) *Le Droit Humanitaire et la Protection des Victimes de la Guerre*, Ginebra: Instituto Henry Dunant.
- PICTET, J. (ed.) (1960) *Commentary on the II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- PICTET, J. (ed.) (1952) *Commentary on the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- PORTMANN, R. (2010) *Legal Personality in International Law*, Cambridge: University Press.
- ROBERTS, A. y SIVAKUMARAN, S. (2012) “Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law”, *Yale Journal of International Law* 37(1), 107–152.
- RONDEAU, S. (2011) “Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed groups”, *International Review of the Red Cross* 883, 649–672.
- SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. & ZIMMERMAN, B. (eds.) (1987) *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- SASSÒLI, M. (2011) “The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts” en BEN-NAFTALI, O. (2011) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford: University Press, 34–94.
- SASSÒLI, M. (2010) “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 1, 5–51.
- SASSÒLI, M. (2003) “Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law”, Artículo remitido a la Conferencia de Grupos Armados, 1–24.
- SASSÒLI, M., BOUVIER, A. y QUINTIN, A. (2011) *How does law protect in war? Cases, Documents and Teaching on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- SCHMITT, M. (2012) “The Status of Opposition Fighters in a Non-International Armed Conflict” en WATKIN, K. y NORRIS, A. (eds.) (2012) *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century* (International Law Studies Vol. 88), Newport: Naval War College, 119–144.
- SHANY, Y. (2011) “Human Rights and Humanitarian Law as Competing Legal Paradigms for Fighting Terror” en BEN-NAFTALI, O. (ed.) (2011) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford: University Press, 13–33.
- SHAW, M. (2008) *International Law*, Cambridge: University Press.
- SIVAKUMARAN, S. (2012) *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford: University Press.
- SOMER, J. (2007) “Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross* 867, 655–690.

- TSAGOURIAS, N. (2011) “Non-State actors in international peace and security. Non-State actors and the use of force” en D’ASPREMONT, J. (ed.) (2011) *Participants in the International Legal System. Multiple perspectives on non-state actors in international law*, Nueva York: Routledge, 326–341.
- VITÉ, S. (2009) “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations”, *International Review of the Red Cross* No. 873, 69–94.
- ZEGVELD, L. (2002) *Accountability of Armed Opposition Groups*, Cambridge: University Press.

Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental, una relación todavía verde

Alan Vogelfanger

Al estudiar las relaciones jurídicas entre los conflictos armados y los daños ambientales, la perspectiva que se adopta generalmente apunta a analizar cómo el derecho internacional humanitario (DIH) protege al medio ambiente y no cómo interactúan el DIH y el derecho internacional ambiental (DIA). De este modo, ya el mero método de aproximación a la problemática deslegitima el DIA, lo subordina al DIH o, a lo sumo, lo incluye como un aspecto del mismo, en lugar de valorarlo como otro conjunto de normas y principios derivados del derecho internacional. Esto no debe necesariamente ser así. Esta óptica no ayuda a analizar integralmente el problema. Como se verá a continuación, no se suele tomar al DIA como una rama independiente del derecho internacional o al menos no se debate sobre cómo se relaciona con el DIH ni cuáles son los posibles resultados deseados para una mayor protección del medio ambiente.

No se pretenden analizar aquí los innumerables casos de conflictos armados que afectaron el medio ambiente o que se valieron del mismo como medio de combate. La guerra siempre ha tenido efectos nocivos en el medio ambiente.¹ Se pueden encontrar ejemplos desde la antigüedad y en relatos bíblicos hasta los últimos años.² Sin embargo, las posibles consecuencias perjudiciales de los conflictos armados para el medio ambiente han aumentado notablemente durante el último siglo; algunas razones son el uso creciente y la existencia generalizada de productos químicos en la industria y en la vida diaria y que los combates ya no enfrentan a dos partes en un campo de batalla sino que se libran en ciudades, cerca de centros industriales, en los cuales las fábricas se han convertido en blancos de potentes armas.³ Además, también recién a partir de los últimos 40 o 50 años, se ha evidenciado una mayor preocupación o una mayor toma de conciencia sobre este aspecto.⁴ Esto coincide justamente con las consecuencias de la Guerra de Vietnam y luego con la Conferencia de Estocolmo de 1972 (que usualmente se toma como hito histórico “creador” de la rama del DIA), con los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y con la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, también llamada Convención ENMOD.

Es decir, a partir de la década del 70, aproximadamente, aumentaron tanto las consecuencias perjudiciales de los conflictos armados para el medio ambiente como las

¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2007), “Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos”, Resolución A/HRC/5/5, p. 2; DINSTEIN (2001: 523); BOUVIER (1991: 568); BOTHE, BRUCH, DIAMOND Y JENSEN (2010: 570).

² VIGEVANO (2012: 340-341).

³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2007), “Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos”, Resolución A/HRC/5/5, p. 5.

⁴ RICHARDS Y SCHMITT (2002: 1053); BOUVIER (1991: 567); HULME (2010: 675).

preocupaciones por conservarlo. Sin embargo, el principal problema es que al medio ambiente no se lo protege de manera suficiente. En los siguientes apartados se explicará que las disposiciones del DIH en esta materia son escasas e ineficientes y que las consecuencias de aceptar esta predominancia del DIH sobre el DIA son evidentes: grandes daños ambientales producto de los conflictos armados y una rama completa, el DIA, desplazada absolutamente en estas situaciones. Una manera de resolver este problema es integrando mejor ambas ramas del derecho, algo que, por ahora, no sucede.

El objetivo de la presente investigación es precisamente analizar, en el marco de un derecho internacional fragmentado, esta relación entre derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental y proponer cómo se pueden armonizar ambas ramas del derecho: en este sentido, se indagará, por ejemplo, si una siempre será *lex specialis* de la otra, si son compatibles sus principios fundamentales, qué resultados tiene hoy en día esta relación y qué resultados son deseables.

1. La relación entre el DIH y el DIA en un derecho internacional fragmentado

El derecho internacional ambiental —entendido básicamente como el conjunto de normas internacionales sustantivas, procedimentales e institucionales cuyo objetivo principal es la protección general del medio ambiente— y el derecho internacional humanitario —conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los actores involucrados en conflictos armados— tienen una relación cada día más estrecha.⁵ Sin embargo, esta relación, al igual que las relaciones entre muchos otros subsistemas del derecho internacional contemporáneo, aún no ha sido debidamente articulada.⁶ Para algunos doctrinarios, las reglas del DIA fueron concebidas principalmente para ser aplicadas en tiempo de paz.⁷ Otros autores consideran que las cuestiones relacionadas a la aplicación del DIA durante los conflictos armados son complicadas por dos razones principales: primero, el derecho ambiental es todavía dinámico y continúa en desarrollo; y, segundo, esto es parte del fenómeno general de la fragmentación del derecho internacional, que implica preguntarse cómo, en el caso de que se superpongan diferentes campos de aplicación, se relacionan entre sí las distintas ramas del derecho internacional.⁸

Por ejemplo, el propio DIA, además de interactuar con el DIH, incide en el régimen del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), del derecho internacional penal, del derecho internacional del mar, del derecho internacional de las inversiones y del derecho internacional de los refugiados. Es decir, estamos en presencia de una de las ramas más nuevas y transversales de todo el derecho internacional.

El presente trabajo se enmarcará dentro de la fragmentación “sustantiva”, que analiza los posibles conflictos entre las nuevas ramas del derecho internacional producto de la proliferación de normas y que fue la que recibió la atención exclusiva en el informe de la Comisión de Derecho Internacional a cargo de KOSKENNIEMI, por oposición a la

⁵ VIGEVANO (2012: 325).

⁶ WYATT (2010: 593).

⁷ BOUVIER (1991: 567).

⁸ BOTHE, BRUCH, DIAMOND y JENSEN (2010: 580).

fragmentación “institucional”, que estudia la aparición de instituciones, órganos y tribunales.⁹

Algunos juristas han señalado que, en realidad, la fragmentación no es una problemática alarmante por el momento sino que, al contrario, permite la creatividad y el desarrollo de normas.¹⁰ Sin embargo, en términos del propio KOSKENNIEMI, el problema es que “esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional”.¹¹ Para WYATT, a medida que la actividad internacional se intensifica y se vuelve más y más especializada, las ramas del derecho internacional se vuelven no solo más numerosas sino también más significativas; como resultado de esta expansión y profundización del derecho internacional el autor incluso considera que está disminuyendo la importancia del derecho internacional general.¹² Asimismo, también explica que la creciente especialización del derecho internacional contemporáneo, junto con las tendencias aislacionistas de los expertos en cada rama, crea un verdadero problema para la evolución de normas intersectoriales.¹³

Actualmente falta una mejor convergencia entre el DIH y el DIA. De hecho, algunos autores ya han advertido esta problemática específica y han señalado que, para determinar si un tratado es aplicable o no, la regla de *lex specialis* no es de mucha ayuda:

(...) por un lado, puede discutirse si el DIH es la ley especial porque fue desarrollado específicamente para el contexto de un conflicto armado; por el otro lado, puede sostenerse con la misma fuerza que el derecho ambiental internacional es la ley especial porque tiene provisiones mucho más desarrolladas que se relacionan con el medio ambiente mientras que el DIH solamente toca la temática en general.¹⁴

Precisamente, el DIH se aproxima a las cuestiones ambientales de forma periférica y no las considera como aspectos centrales de la rama.¹⁵ Además, vale destacar que el propio informe de la Comisión de Derecho Internacional también señaló las limitaciones del principio *lex specialis* y las dificultades que puede presentar.¹⁶

⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional.

¹⁰ KINGSBURY (1999: 681).

¹¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, párr. 8.

¹² WYATT (2010: 595).

¹³ WYATT (2010: 646).

¹⁴ BOTHE, BRUCH, DIAMOND Y JENSEN (2010: 581). Traducción propia.

¹⁵ LOIBL, G. (2008: 787).

¹⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, párr. 488.

2. La interacción desde el punto de vista del DIH

Son pocas las provisiones del DIH que se dirigen explícitamente a la protección ambiental durante los conflictos armados y aquellas que lo hacen son inadecuadas e inefectivas.¹⁷ Como se desarrollará a continuación, esto se demuestra, en gran medida, por el lenguaje que utilizan las normas y por el “sometimiento” del DIA a las reglas y principios del DIH y también se evidencia en los daños ambientales que se siguen generando producto de los conflictos armados y en la ausencia de mecanismos u órganos de aplicación efectiva que garanticen el cumplimiento del DIA, cuestión que deriva en la falta de sanciones a los responsables de la degradación ambiental.

Actualmente, existen diversos tipos de normas con diferentes alcances y objetivos: algunas pretenden proteger el medio ambiente de los efectos de un ataque, otras buscan prevenir que el medio ambiente se convierta en un medio de combate y otras apuntan a la responsabilidad penal individual de aquellos que dañen el medio ambiente.

Si bien anteriormente se mencionó que en el último medio siglo aumentó notablemente la preocupación de la comunidad internacional por la protección del medio ambiente, este interés no se ha ido desarrollando progresivamente en el marco de conflictos armados, sino que se podría sostener más bien lo contrario. En realidad, históricamente, si analizamos los tratados más relevantes en materia DIH/DIA, el umbral de protección del medio ambiente fue decreciendo: parecería como si se hubiese desacelerado la codificación de normas y que ya los Estados no están dispuestos a ceder tanto o a obligarse a tantas reglas como en el pasado.

La Convención ENMOD fue el primer tratado multilateral que involucró directamente el DIA y el DIH al prohibir “técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte”.¹⁸ El siguiente punto cronológico es el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (en adelante “PA-I”). Si bien los artículos 35 y 55 pueden considerarse como un avance en la protección del medio ambiente dentro del DIH, el estándar de ambos artículos es mucho más exigente que el de la Convención ENMOD al prohibir “métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.¹⁹ Es decir, los criterios se vuelven acumulativos y no alternativos. Más aun, en los *travaux préparatoires* de ambos tratados, se evidencia que incluso los elementos del PA-I son más exigentes que en ENMOD al considerar, por ejemplo, como daño “duradero” aquel que implique décadas, contra los meses o temporadas que exige la ENMOD.

El próximo y último hito clave sería el Estatuto de Roma, aunque aquí también entraría en juego una nueva rama: el derecho internacional penal. El artículo 8.2.b.iv prohíbe “lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará (...) daños

¹⁷ VÖNEKY Y WOLFRUM (2012: 3 y 8); BOTHE, BRUCH, DIAMOND Y JENSEN (2010: 570); RICHARDS Y SCHMITT (2002: 1088).

¹⁸ CONVENCION SOBRE LA PROHIBICION DE UTILIZAR TECNICAS DE MODIFICACION AMBIENTAL CON FINES MILITARES U OTROS FINES HOSTILES (ENMOD), 10 de diciembre de 1976, artículo 1.1. Entrada en vigor: 5 de octubre de 1978. 1108 UNTS 151.

¹⁹ PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (Protocolo I), 8 de junio de 1977, artículos 35 y 55. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978. 1125 UNTS 3.

extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea”.²⁰ Es decir, no solo aplica un estándar acumulativo de los requisitos, sino que además lo condiciona a un balance con la ventaja militar. Mientras que para el PA-I estaría prohibida cualquier acción que alcanzara el umbral de “daño extenso, duradero y grave”, para el Estatuto de Roma esto solamente sería un crimen de guerra en caso de resultar desproporcionado con respecto a la ventaja militar. Asimismo, la utilización del término “claramente” también es relevante, porque sólo incluiría casos obvios; es decir, en situaciones dudosas, no se aplicaría el artículo. Y por otro lado, el artículo exige un elemento de intencionalidad que no aparecía en los instrumentos previos.

Si bien es cierto que existen otras convenciones e instrumentos jurídicos que involucran al medio ambiente, su lenguaje no es mucho más esperanzador. Por ejemplo, el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre Gases Asfixiantes no menciona al medio ambiente en absoluto. La Convención sobre Armas Biológicas de 1972 simplemente aclara en su artículo 2 que al destruir esta clase de armas, los Estados deben adoptar las precauciones de seguridad necesarias para proteger a las personas y al medio ambiente. El Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, en su artículo 2.4, indica que “queda prohibido atacar con armas incendiarias los bosques u otros tipos de cubierta vegetal, salvo cuando esos elementos naturales se utilicen para cubrir, ocultar o camuflar a combatientes u otros objetivos militares, o sean en sí mismos objetivos militares”. Aquí, en primer lugar, ni siquiera se hace expresa alusión al medio ambiente, sino que se habla únicamente de bosques u otros tipos de cubierta vegetal; en segundo lugar, la regla general admite excepciones por elementos propios del DIH, al igual que el Estatuto de Roma. La Convención sobre Armas Químicas de 1993, por su parte, sólo toca tangencialmente el tema ambiental al hacer un enunciado genérico en su artículo 4.10 y obligar a las partes a asignar “la más alta prioridad a garantizar la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente” en sus operaciones de transporte, toma de muestras, almacenamiento y destrucción de armas químicas. Finalmente, el Manual de San Remo, aplicable a los conflictos armados en el mar y aprobado en 1994, presenta una buena técnica en su artículo 44, al señalar que “los métodos y medios de guerra deben emplearse con la debida consideración por el medio ambiente natural, teniendo en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional”. Aun así, luego indica que “quedan prohibidos los daños y las destrucciones del medio ambiente natural no justificados por las necesidades militares y que se causen arbitrariamente”, otra vez subordinando la protección del medio ambiente a aspectos propios del DIH.

Como explica WYATT, el uso de términos como “uso hostil de la técnica” (en ENMOD), “medios y métodos de combate” (PA-I) o “ataque” (Estatuto CPI) es el primer signo que refleja claramente que las provisiones que constituyen el actual régimen legal internacional contra el daño ambiental provocado durante los conflictos armados fueron adoptadas de acuerdo a la lógica del DIH y no conforme a los principios y aproximación del derecho internacional ambiental.²¹

Esta “sumisión” también es reafirmada desde la doctrina. DINSTEIN, por ejemplo, señala que las consideraciones ambientales deben jugar su papel al momento de lanzar un ataque pero acepta que un ataque contra un objetivo militar puede provocar

²⁰ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 17 de julio de 1988, artículo 8.2.b.iv. Entrada en vigor: 1 de julio de 2002. 2187 UNTS 90.

²¹ WYATT (2010: 620).

daños colaterales legítimos²² y rechaza que los artículos 35 y 55 del PA-I sean normas consuetudinarias. Además, considera que “si bien es correcto afirmar que el medio ambiente en su plenitud no debe ser objeto de ataque, el estatus legal de algunos de sus elementos dependería de las circunstancias”.²³ SCHMITT plantea que “la incipiente convergencia entre las leyes de los conflictos armados y los principios de protección ambiental tiene dos vertientes: una involucra las consideraciones del impacto de los medios y métodos de hacer la guerra en el medio ambiente; y la segunda tiene que ver con el uso de las fuerzas naturales como armas de guerra”.²⁴ Nótese cómo, primero, no se habla de DIA sino de “principios de protección ambiental”, deslegitimándose la nueva rama al no tomarla como tal y limitarla a “principios” en lugar de considerarla como un cuerpo autónomo de reglas, normas y principios derivado del derecho internacional; y segundo, los únicos problemas que se estiman relevantes son los efectos de la guerra en el medio ambiente y si el medio ambiente puede ser utilizado como arma de guerra; no pareciera haber ninguna preocupación respecto de cómo interactúan ambas ramas del derecho y qué efecto tiene esto.

Son muy pocos los autores que entienden al medio ambiente como protagonista de una nueva rama del derecho, cuya interacción con el DIH debe analizarse en profundidad. Para la mayoría de los doctrinarios del DIH, el medio ambiente, a lo sumo, será un bien más que debe ser protegido, siempre y cuando se someta a las mismas reglas clásicas que los otros (que no se convierta en objetivo militar, que no otorgue una clara ventaja militar, que su destrucción no esté justificada por el daño colateral o por ser proporcional, etcétera). En definitiva, el inconveniente que se distingue es que prácticamente no existe interacción real entre el DIH y el DIA. Además, si el DIH fuera siempre aplicable por la regla de *lex specialis*, esto implicaría desvirtuar completamente y volver inútil el régimen del DIA.

3. La interacción desde el punto de vista del DIA

La óptica del DIA es un poco más alentadora. Si bien la mayoría de los tratados ambientales no abordan la cuestión de su aplicabilidad en caso de conflicto armado²⁵ (por ejemplo, el Tratado de Ginebra sobre la Contaminación del Aire Transfronterizo de 1979, el Tratado de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono de 1985, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989 o la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, entre otros instrumentos propios del DIA), sus doctrinarios sí tratan de enfocarse en esta cuestión.²⁶

Esto implicaría el puntapié inicial para integrar ambas ramas del derecho internacional y buscar una convergencia o complementariedad. Por ejemplo, el Principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, sostiene que “los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior

²² DINSTEIN (2001: 524).

²³ DINSTEIN (2001: 534). Traducción propia.

²⁴ RICHARDS Y SCHMITT (2002: 1049). Traducción propia.

²⁵ SANDS (2003: 309).

²⁶ SANDS (2003: 308); VÖNEKY (2007: 192).

desarrollo, según sea necesario”.²⁷ Además, la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre Armas Nucleares, señaló que el derecho internacional relativo a la protección del medio ambiente indica un importante número de factores ambientales que deben ser tenidos en cuenta en el contexto de la implementación de los principios y normas del derecho aplicable en los conflictos armados.²⁸ El juez Weeramantry agregó en su opinión disidente que ciertos principios del derecho ambiental como el de equidad intergeneracional,²⁹ el principio precautorio³⁰ o el principio “contaminador-pagador”³¹ son parte del derecho internacional consuetudinario y condición *sine qua non* para la supervivencia humana.³² Además, consideró que estos principios no están limitados a tiempos de paz o de guerra sino que cubren ambas situaciones dado que promueven deberes generales, aplicables en ambos contextos.³³ Asimismo, la Asamblea General de la ONU también reconoció que ciertos medios y métodos de hacer la guerra podían incidir en el medio ambiente, destacó la Declaración de Río de 1992 y urgió a los Estados a tomar todas las medidas para asegurar el cumplimiento del derecho internacional aplicable a la protección del medio ambiente durante los conflictos armados.³⁴ Esto último demuestra que ya existen voces autorizadas dentro de la comunidad internacional que tratan de impulsar una mayor interacción entre ambas ramas.

4. Una propuesta interactiva

¿Por qué aceptar entonces una predominancia del DIH por sobre el DIA? Ya vimos anteriormente que el principio de ley especial no indica necesariamente que en caso de conflicto deba prevalecer el DIH. Una alternativa similar a la relación de convergencia³⁵ o complementariedad³⁶ que tiene el DIH con el DIDH es posible con el DIA. En términos de VIGEVANO, los principios generales propios del derecho ambiental —como el deber que tienen los Estados de prevenir el daño ambiental transfronterizo, el deber de evaluar el impacto ambiental derivado de sus acciones u omisiones, la obligación de protección de la biodiversidad o el deber de procurar un desarrollo sustentable de los recursos naturales— son plenamente aplicables durante un

²⁷ DECLARACIÓN DE RÍO DE JANEIRO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, junio de 1992, Principio 24.

²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, párr. 33.

²⁹ Deber de proteger el medio ambiente para las futuras generaciones, que tienen derecho a contar una herencia adecuada que les permita un nivel de vida no menor al de la generación actual.

³⁰ La falta de certeza científica acerca de un posible daño al medio ambiente no puede utilizarse como excusa para no adoptar las medidas eficaces para impedir el peligro.

³¹ Aquel que dañe al medioambiente tiene el deber de medir las consecuencias, evaluar los costos necesarios para revertir el daño y reparar adecuadamente a los afectados.

³² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, Opinión disidente del Juez Weeramantry, párr. 504.

³³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, Opinión disidente del Juez Weeramantry, párr. 504.

³⁴ ASAMBLEA GENERAL (1993), “La protección del medio ambiente en tiempos de conflicto armado”, Resolución 47/37.

³⁵ HEINTZE (2004); SASOLI Y OLSON (2008).

³⁶ DROEGE (2007).

conflicto armado.³⁷ Lo mismo podría decirse del principio “contaminador- pagador” o del principio de cooperación. Estas obligaciones, muchas de ellas consuetudinarias,³⁸ deben seguir siendo respetadas tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Los principios mismos del DIH —como el derecho no ilimitado a elegir los métodos y medios de combate, la proporcionalidad, la cláusula Martens o la prohibición de causar males superfluos y sufrimientos innecesarios— son compatibles con los del DIA. No se trata necesariamente de tener más y nuevas normas o convenciones dentro del derecho internacional humanitario, como proponen algunos;³⁹ ya existe una rama entera del derecho internacional con normas y principios de derecho ambiental, rama que corresponde utilizar y aplicar en conjunto con el DIH.

Este planteamiento no es una mera militancia ambiental que reclama una mayor protección al medio ambiente y que alerta sobre los riesgos concretos de la guerra en el planeta, sino que es el más apropiado en términos jurídicos: lo que se propone es una interpretación armónica del derecho internacional, que no deje ninguna norma sin significado en un caso concreto. La única forma coherente de no quitarle significado al DIA en el marco de los conflictos armados es, pues, buscando una interpretación sistémica que permita la aplicación simultánea de ambas, lo que no viene sucediendo hasta ahora.

Por un lado, la propuesta aquí esbozada estaría respaldada en el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece que, a la hora de interpretar, se deberá tomar en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.⁴⁰ Como apunta VILLIGER, esta disposición pretende evitar una interpretación que vaya en contra de la totalidad del derecho internacional⁴¹ y así fue utilizada por la Corte Internacional de Justicia.⁴² El propio KOSKENNIEMI también aclara que el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 expresa lo que podría llamarse un principio de “integración sistémica” y que, al interpretar una norma, no puede pasarse por alto el entorno normativo.⁴³ Más aún, concluye que sin este principio “sería imposible plasmar y mantener viva cualquier noción del bien común de la humanidad que no sea reducible al bien de alguna institución o ‘régimen’ particulares”.⁴⁴

Por otro lado, esta óptica también respeta el principio del efecto útil, derivado del artículo 31.1 de la Convención de Viena y que combina la buena fe con el objeto y

³⁷ VIGEVANO (2012: 325).

³⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros” (Hungria v. Eslovaquia), Sentencia del 25 de septiembre de 1997, *I.C.J. Reports 1997*, párr.140; “Papeleras” (Argentina v. Uruguay), Sentencia del 20 de abril de 2010, *I.C.J. Reports 2010*, párr. 193; BARBOZA (2010: 47); HANQIN (2003: 178); BEYERLIN y MARAUHN (2011: 42).

³⁹ FALK (2007: 154-155).

⁴⁰ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 23 de mayo de 1969, Artículo 31.3.c). Entrada en vigor: 27 de enero de 1980. 1155 UNTS 331.

⁴¹ VILLIGER (2009: 432).

⁴² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Plataformas petrolíferas” (República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América), Sentencia del 6 de noviembre de 2003, *I.C.J. Reports 2003*, párr. 41.

⁴³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, párrs. 413 y 419.

⁴⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, párr. 480.

fin del tratado para asegurar la efectividad de las normas⁴⁵ (básicamente, la doctrina del *effet utile* pretende que una ley no se vea mermada, anulada o carezca de efectos jurídicos, por ejemplo, por la aplicación de otras disposiciones contrarias a sus reglas y propósitos). En términos de CANÇADO TRINDADE, cuando se trata de la protección del ser humano, del medioambiente o de cuestiones de interés general, el principio del *effet utile* asume una particular importancia en la determinación del alcance de las obligaciones.⁴⁶

En definitiva, si el DIH prevalece siempre sobre el DIA y justifica prácticamente todos los daños ambientales, esta última rama queda completamente desplazada y carece de utilidad. En cambio, si el DIH cede, esto implica elegir un nuevo método o un nuevo medio de combate, o seleccionar un nuevo objetivo militar; es decir, son restricciones que no desvirtúan absolutamente la rama. Debemos apuntar a una interpretación conciliadora y equilibrada entre ambos sistemas, evitando una postura que desprecie una rama ante la otra.

Veamos algunos casos concretos o situaciones prácticas en donde se podría aplicar esta convergencia o complementariedad. Una primera propuesta sería integrar toda la rama del DIA al artículo 55 del PA-I: dado que esta disposición tiene como objeto la protección del medio ambiente, su interpretación debería realizarse conforme a su rama especializada. Es decir, mirar las obligaciones del artículo 55 a través del prisma del derecho internacional ambiental, con sus principios y reglas correspondientes.

Otra idea específica, que surgió hace más de 20 años, es declarar zonas desmilitarizadas a las reservas naturales.⁴⁷ Por más que este instituto fue originariamente concebido y utilizado para proteger a la población civil, también se podría aplicar en el futuro para proteger el medio ambiente.⁴⁸ El Comité Internacional de la Cruz Roja ya consideró que la prohibición de atacar el medio ambiente a menos que sea un objetivo militar es una norma consuetudinaria.⁴⁹ Sin embargo, la declaración de zona desmilitarizada podría ser un método sumamente efectivo no solamente para prevenir incursiones armadas, sino también para prohibir que se lancen ataques desde lugares “ambientalmente valiosos”, lo que a su vez impediría que un ataque hacia dicha zona pudiera ser justificado.

Una tercera forma de complementariedad entre el DIH y el DIA podría darse con la inclusión de elementos propios del derecho ambiental en el artículo 36 del PA-I. La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es una de las herramientas más importantes del derecho ambiental⁵⁰ y exigirla a la hora de analizar la viabilidad de cada arma nueva que intente desarrollar un Estado sería una buena manera de limitar el surgimiento de medios de combate que pudieran afectar negativamente al medio ambiente. No hay dudas de que el análisis que los Estados deben hacer bajo el artículo 36 tiene que incluir un enfoque multidisciplinario, que incluya aspectos legales,

⁴⁵ VILLIGER (2009: 428).

⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caza de ballenas en la Antártida” (Australia v. Japón), Declaración de intervención de Nueva Zelanda, Orden del 6 de febrero de 2013, *I.C.J. Reports 2013*, Opinión Separada del Juez Cançado Trindade, párr. 55.

⁴⁷ BOUVIER (1991: 572).

⁴⁸ HULME (2010: 680).

⁴⁹ HENCKAERTS Y DOSWALD-BECK (2005: 143).

⁵⁰ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (1987), “Metas y Principios de la Evaluación de Impacto Ambiental”, Decisión 14/25; PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (2004), “Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Ambiental Estratégica: Hacia una aproximación integrada”.

militares, ambientales y de salud.⁵¹ Precisamente, la realización de un EIA ante cada desarrollo de armas nuevas ayudaría a una mejor interacción entre el DIA y el DIH.

Por otra parte, el artículo 57 del PA-I y las precauciones a tomar durante el ataque también presentan una puerta de entrada para el DIA. Esta última rama podría ayudar a llenar de contenido dicha norma de DIH, que también forma parte del derecho consuetudinario.⁵² Una posibilidad es incorporar el célebre principio precautorio⁵³ y respetarlo a la hora de seleccionar tanto los objetivos como los métodos y medios para atacarlos. En este sentido, si no hubiera una certeza científica sobre los daños al medio ambiente que pudiera generar una ofensiva en particular, ésta debería ser suspendida o cancelada y los responsables deberían realizar esta determinación o elegir otro objetivo u otros medios o métodos de combate que no tengan esta consecuencia. Otro principio aplicable sería el principio contaminador pagador, para que al momento de evaluar sus operaciones militares, los Estados también contemplen la contaminación que podrían generar y los gastos económicos que necesitarían para revertirlos. Más aún, este elemento sería sumamente valioso para ponderar la proporcionalidad del ataque.

A su vez, es atractiva la posibilidad de que los Estados deban indemnizar o compensar por daños ambientales, ya sea porque no pudieron ser justificados bajo los institutos clásicos del DIH o porque alcanzaron el umbral de daño grave, extenso y duradero. La propuesta sería que este deber de reparar daños ambientales sólo pueda quedar eximido en casos en los que el daño haya sido prácticamente insignificante o en aquellos que caigan indudablemente bajo el test de proporcionalidad, es decir, cuando se trate de alcanzar objetivos militares y se utilicen medios y métodos de combate que consigan que la ventaja militar obtenida sea significativamente mayor a los daños provocados. Seguramente, este riesgo de afrontar multas económicas contribuya a que los Estados le den mayor importancia y respeto al medio ambiente a la hora de realizar sus maniobras ofensivas.

Por último, el deber de cooperación, el principio de buena vecindad y el de buena fe, de gran importancia para el derecho ambiental, también pueden ser aplicables durante los conflictos armados: podría requerirse a las partes que informen en caso de realizar ataques que pudieran afectar el medio ambiente, no solo de terceros Estados, sino también de la contraparte en el conflicto. Es cierto que, en ciertas ocasiones, esto quizás puede afectar el elemento “sorpresa” de un ataque, pero aplicarlo como regla general puede tener claros beneficios para el planeta.

Los presentes son meros ejemplos prácticos de cómo pueden conciliarse ambos sistemas jurídicos. MILANOVIC explica que decir que los sistemas son complementarios y que no se excluyen mutuamente no aporta demasiadas soluciones prácticas;⁵⁴ por ende, aquí se pretendió analizar algunas cuestiones puntuales que podrían evidenciar que esta propuesta es posible. Sin embargo, sería imposible abarcar en el presente trabajo la interacción completa de ambas ramas; se trata simplemente de un primer paso. Sería excelente si en un futuro cercano la relación DIH-DIA atrajera tanta atención académica como la relación entre DIH-DIDH, para permitir indagar este tema con mayor profundidad.

⁵¹ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS GENEVA (2006: 935); DAOUST, COUPLAND Y ISHOEY (2002: 352).

⁵² HENCKAERTS Y DOSWALD-BECK (2005: 51).

⁵³ DECLARACIÓN DE RÍO DE JANEIRO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, junio de 1992, Principio 15.

⁵⁴ MILANOVIC (2010: 6).

5. La necesidad de la voluntad política

No es difícil pensar que una visión integrada entre ambos regímenes es posible pero, como ocurre siempre, será fundamental la voluntad de los Estados, que es uno de los elementos determinantes del contenido y la evolución del derecho internacional público.⁵⁵ Esto no sorprende considerando el estadocentrismo de esta rama, que “es (y siempre ha sido) resultante de la voluntad de los Estados, cada uno de los cuales constituye una entidad soberana que no reconoce ninguna autoridad superior a él que pueda imponerle conductas o comportamientos”.⁵⁶ En otras palabras, los Estados son los sujetos que “poseen mayores competencias, capacidades y poderes para actuar en el plano internacional”⁵⁷ y por más que hayan habido intentos por reformular esta cuestión, la misma sigue siendo la premisa básica del sistema legal internacional.⁵⁸

Este punto quizás incluso sea más importante en el DIA, puesto que no existe todavía un tribunal o un órgano arbitral dedicado exclusivamente a temas ambientales que pueda obligar a los Estados a adoptar ciertas conductas. Precisamente, el ex juez de la Corte Internacional de Justicia Weeramantry consideró que “en un mundo en el que cada Estado soberano depende del mismo medio ambiente se genera una interdependencia mutua que solo puede ser implementada a través de la cooperación y la buena vecindad”.⁵⁹

Como señala WYATT, el hecho de que el sistema del DIA no prescriba detalladas consecuencias de la violación de sus normas es un indicativo de debilidad de un campo del derecho todavía joven y poco desarrollado, que enfrenta problemas a la hora de aplicar y hacer cumplir las normas.⁶⁰ Un poco desesperanzado, el autor considera que el DIA está acostumbrado a que quienes tomen las decisiones acerca de la importancia del medio ambiente con respecto a otras ramas del derecho internacional provengan justamente de otros subsistemas “extranjeros”;⁶¹ el peligro consiste en que mientras los casos relacionados con el medio ambiente terminen en cortes o tribunales con sus propias ideologías y áreas de experticia, la filosofía propia del DIA va a ser dejada de lado.⁶²

Más aún, ciertos doctrinarios cuestionan que los Estados se inclinan por una solución ajena a los tribunales para sus disputas ambientales y que, aun cuando una controversia de este tipo llega a una corte internacional, sus jueces prefieren no pronunciarse sobre el estatus legal específico de las normas ambientales en cuestión.⁶³ En este aspecto debe al menos mencionarse la labor de la Organización No Gubernamental I.C.E.F. (*International Court of the Environment Foundation*), que se creó a fines de la década del 80 para impulsar la constitución de un Tribunal Internacional especializado en esta materia, o la *International Court for the Environment*

⁵⁵ MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE (1997: 77).

⁵⁶ BUIS (2015: 2).

⁵⁷ NAPOLITANO Y FELLAY (2015: 25).

⁵⁸ ANGHIE (2004: 33).

⁵⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, Opinión disidente del Juez Weeramantry, párr. 505.

⁶⁰ WYATT (2010: 604).

⁶¹ WYATT (2010: 637).

⁶² WYATT (2010: 638).

⁶³ BODANSKY, BRUNNÉE Y HEY (2008: 453).

(*ICE Coalition*), fundada en el Reino Unido con el mismo propósito. Asimismo, en 1993, la Corte Internacional de Justicia creó una Sala Especial para cuestiones ambientales argumentando que, teniendo en cuenta el desarrollo en el campo del derecho ambiental que se dio en los últimos años, era apropiado estar mejor preparada para enfrentar casos ambientales.⁶⁴ Sin embargo, lamentablemente, esta Sala nunca fue utilizada y en el 2006 desapareció tras la decisión de no seleccionar nuevos magistrados para su composición.

El ámbito judicial puede tener un rol muy significativo a la hora de implementar el derecho ambiental: además de realizar las tareas clásicas de resolver disputas relacionadas a la responsabilidad por el daño, los tribunales pueden contribuir a fomentar el cumplimiento de las normas y a asistir a los Estados con esta tarea.⁶⁵ Es decir, no solo serviría para aplicar el derecho ambiental en casos concretos, sino también para interpretar las normas de dicha rama, lo que ayudaría a los Estados a comprender mejor sus obligaciones y de esta manera mejorar la protección del medio ambiente. Además, los jueces podrían colaborar en la prevención, a través de opiniones consultivas o consultas puntuales previas, lo que contribuye a prevenir mayores disputas sobre responsabilidad, pagos y daños.

6. Conclusión

En la actualidad, el medio ambiente no cuenta con una protección adecuada en el marco de los conflictos armados. Las normas de DIH son pocas e inefectivas y eso genera consecuencias nefastas para la salud del planeta. Integrar el DIH y el DIA es una manera de resolver este problema. Actualmente no existe una relación entre ambas; el DIH ni siquiera suele considerar al DIA como una rama del derecho internacional general. No debemos aceptar que el DIH siempre prevalezca sino que, en caso de controversias normativas, hay que tratar de aplicar ambas, para que el DIA no pierda sentido durante los conflictos armados.

Comenzar a pensar la relación entre el DIH y el DIA y plantear una posible convergencia o complementariedad es simplemente un primer paso. Tal como se desprende de sentencias y artículos de doctrina, hace varios años se registraban teorías “separatistas” acerca de que el DIDH era solo aplicable en tiempos de paz y el DIH era la rama exclusiva de los conflictos armados⁶⁶; el derecho ambiental probablemente deba realizar un recorrido similar. Parecería que, al igual que con los derechos humanos, ya está superada la visión de que el DIA es sólo aplicable en tiempos de paz y que todas las provisiones del DIH lo desplazan indefectiblemente en tiempos de guerra. El DIA atraviesa de manera transversal prácticamente todas las ramas del derecho internacional. Seguramente, a medida que avancen los años se tomará mayor conciencia acerca de la importancia de esta incipiente rama del derecho internacional y deberá ser tenida en cuenta en cualquier formulación de este ordenamiento. Por eso, es fundamental

⁶⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Constitución de una Sala de Corte para asuntos ambientales”, Informe de prensa No. 93/20 del 19 de julio de 1993. Los jueces elegidos en aquella ocasión fueron Schwebel, Bedjaoui, Evensen, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva y Herczegh.

⁶⁵ MENSAH (2008: 815).

⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, párrs. 24-25; “Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, *I.C.J. Reports 2004*, párrs. 105-106; LUBELL (2005: 738); HEINTZE (2004: 789-790).

entender la relación entre las reglas que regulan el medio ambiente y las otras ramas del derecho internacional. Todo parece indicar que una armonización entre el DIA y el DIH es posible.

Es tiempo de profundizar e intentar analizar cómo pueden complementarse y converger el DIH y el DIA para lograr una mayor protección del medio ambiente, sin dejar de respetar las necesidades propias de los conflictos armados. De hecho, en general, las reglas del DIH para la protección del medio ambiente no apuntan a prevenir el daño absolutamente sino a limitarlo a un nivel tolerable.⁶⁷ Además, como aclara MENSAH, el objetivo primordial no es estigmatizar a los Estados que no cumplan con sus obligaciones ambientales o que no puedan pagar los daños ocasionados a raíz de dicho incumplimiento; lo más importante es asistir a los Estados y a los agentes no estatales a desarrollar sus actividades de forma tal que reduzcan y minimicen el riesgo del daño ambiental.⁶⁸

Es cierto que si bien algunos principios del derecho ambiental se pueden complementar y converger con el DIH, otros parecen prácticamente irreconciliables, como por ejemplo la prohibición absoluta de causar un daño ambiental transfronterizo. Pero, volviendo al ejemplo de los derechos humanos, el hecho de que a veces el derecho a la vida ceda no implica abandonar toda intención de interrelacionar ambas ramas. El artículo 55 del Protocolo Adicional I es la principal entrada del DIA al DIH, al reconocer el valor del medio ambiente para la humanidad y entender que es tan importante que puede limitar las acciones de las partes de un conflicto armado.⁶⁹ Luego se verá en qué casos colisionan, si el DIH es *lex specialis* o si debe prevalecer el DIA, pero es desde esa premisa que debe iniciarse el camino hacia una mejor relación entre estas dos ramas del derecho internacional.⁷⁰

Bibliografía

Bibliografía primaria

- ASAMBLEA GENERAL (1993), “La protección del medio ambiente en tiempos de conflicto armado”, Resolución 47/37.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2007), “Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos”, Resolución A/HRC/5/5.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor: 27 de enero de 1980. 1155 UNTS 331.

⁶⁷ BOUVIER (1991: 568).

⁶⁸ MENSAH (2008: 812).

⁶⁹ HULME (2010: 677).

⁷⁰ Una primera versión de este trabajo fue leída en el “V Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional”, organizado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, el 23 de noviembre de 2013. El autor agradece las atentas consideraciones y aportes de Agustina Vázquez, abogada (UBA).

- CONVENCIÓN SOBRE LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR TÉCNICAS DE MODIFICACIÓN AMBIENTAL CON FINES MILITARES U OTROS FINES HOSTILES (ENMOD), 10 de diciembre de 1976. Entrada en vigor: 5 de octubre de 1978. 31 UST 333, 1108 UNTS 151.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caza de ballenas en la Antártida” (Australia v. Japón), Declaración de intervención de Nueva Zelanda, Orden del 6 de febrero de 2013, *I.C.J. Reports 2013*.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Constitución de una Cámara de la Corte para asuntos ambientales”, Informe de prensa No. 93/20 del 19 de julio de 1993.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, *I.C.J. Reports 2004*,
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros” (Hungría v. Eslovaquia), Sentencia del 25 de septiembre de 1997, *I.C.J. Reports 1997*.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Papeleras” (Argentina v. Uruguay), Sentencia del 20 de abril de 2010, *I.C.J. Reports 2010*.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Plataformas petrolíferas” (República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América), Sentencia del 6 de noviembre de 2003, *I.C.J. Reports 2003*.
- DECLARACIÓN DE RÍO DE JANEIRO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, junio de 1992.
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, 17 de julio de 1988. Entrada en vigor: 1 de julio de 2002. 2187 UNTS 90.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (1987), “Metas y Principios de la Evaluación de Impacto Ambiental”, Decisión 14/25.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (2004), “Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Ambiental Estratégica: Hacia una aproximación integrada”.
- PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (Protocolo I), 8 de junio de 1977. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978. 1125 UNTS 3.

Bibliografía crítica

- ANGHIE, A. (2004) *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: University Press.
- BARBOZA, J. (2010) *The Environment, Risk and Liability in International Law, Legal Aspects of Sustainable Development*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- BEYERLIN, U. y MARAUHN, T. (2011) *International Environmental Law*, Oxford: Hart Publishing.
- BODANSKY, D., BRUNNÉE, J. y HEY, E. (2008) *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford: University Press.
- BOTHE, M., BRUCH, C., DIAMOND, J. y JENSEN, D. (2010) “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities”, *International Review of the Red Cross* 92, 569-592.
- BOUVIER, A. (1991) “Protection of the natural environment in time of armed conflict”, *International Review of the Red Cross* 31, 567-578.

- BUIS, E. (2015) “El derecho internacional público: concepto, características y evolución histórica”, en NAPOLITANO, S. (ed.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Erreius, 1-21.
- DAOUST, I., COUPLAND, R. y ISHOEY, R. (2002) “New wars, new weapons? The obligation of States to assess the legality of means and methods of warfare”, *International Review of the Red Cross* 84, 345-363.
- DINSTEIN, Y. (2001) “Protection of the Environment in International Armed Conflict”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5, 523-549.
- DROEGE, C. (2007) “The interplay between international humanitarian law and international human rights in situations of armed conflict”. *Israel Law Review* 40, 310-355.
- FALK, R. (2007) “The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime”, en AUSTIN, J. y BRUCH, C. (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge: University Press, 137-155.
- HANQIN, X. (2003) *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge: University Press.
- HEINTZE, H. (2004) “On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross* 86, 789-814.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L. (2005) *Customary International Humanitarian Law, Volume I*, Cambridge: University Press.
- HULME, K. (2010) “Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?”, *International Review of the Red Cross* 92, 675-692.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS GENEVA (2006) “A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977”, *International Review of the Red Cross* 88, 931-956.
- KINGSBURY, B. (1999) “Foreword: Is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?”, *NYU Journal of International Law and Politics* 31, 679-696.
- LOIBL, G. (2008) “International Environmental Regulations – Is a Comprehensive Body of Law Emerging or is Fragmentation Going to Stay?”, en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., ALAIN PELLET, A. et al. (eds.) *International Law between Universalism and Fragmentation*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 783-796.
- LUBELL, N. (2005) “Challenges in applying human rights law to armed conflict”, *International Review of the Red Cross* 87, 737-754.
- MENSAH, T. (2008) “Using Judicial Bodies for the Implementation and Enforcement of International Environmental Law”, en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., ALAIN PELLET, A. et al. (eds.) *International Law between Universalism and Fragmentation*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 797-816.
- MILANOVIC, M. (2010) “Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law”, en BEN-NAFTALI, O. (ed.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. XIX/1, Oxford: University Press, 1-36.
- MONCAYO, G., VINUESA, R. y GUTIERREZ POSSE, H. (1997) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavalía.
- NAPOLITANO, S. y FELLAY, M. (2015) “Sujetos del derecho internacional”, en NAPOLITANO, S. (ED.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Erreius, 23-52.
- RICHARDS, P. y SCHMITT, M. (2002) “Mars meets mother nature: protecting the environment during armed conflict”, *Stetson Law Review* 28, 1047-1092.
- SANDS, P. (2003) *Principles of International Environmental Law*, Cambridge: University Press.
- SASSOLI, M. y OLSON, L. (2008) “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, *International Review of the Red Cross* 90, 599-627.
- VÖNEKY, S. (2007) “Peacetime environmental law as a basis of State responsibility for environmental damage caused by war”, en AUSTIN, J. y BRUCH, C. (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge: University Press, 190-225.

- VÖNEKY, S. y WOLFRUM, R. (2012) “Environment, Protection in Armed Conflict”. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 1-10.
- VIGEVANO, M. (2012) “Los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente: su compleja relación jurídica”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 325-355.
- VILLIGER, M. (2009) *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- WYATT, J. (2010) “Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict”, *International Review of the Red Cross* 92, 593-646.

La reproducción de estereotipos en el derecho internacional humanitario. Crítica desde una perspectiva de género

Sabrina Frydman — Paula Scianca Luxen

The use of gender stereotypes during armed conflict by all parties [...] is unrecognised in IHL. Rather, the provisions of IHL contribute to detrimental representations of women, and to their inferior place in the hierarchy of the rules.

GARDAM y JARVIS (2001:105)

What consideration? No doubt that consideration which is accorded in every civilized country to beings who are weaker than oneself and whose honour and modesty call for respect.

PICTET ET AL (1952:140)

Una de las críticas más frecuentes desde una perspectiva de género suele ser que el derecho fue creado por y para varones con el fin de sostener una situación desigual que ubica a la mujer en una posición desventajosa. Es por ello que, tanto en la creación de los derechos domésticos como en la formación del derecho internacional (“DIP”), las mujeres no participaron de esos procesos.¹ Sin embargo, esta exclusión era lógica y acorde a los roles de género que asignaba la ocupación del espacio público por parte de los varones y confinaba a las mujeres al encierro en el hogar.²

Aun así, las mujeres se las arreglaron para organizarse y luchar por una verdadera inclusión en el ámbito público. De esta manera, la bandera de los distintos movimientos de mujeres fue (y es) lograr autonomía e igualdad de oportunidades respecto de los varones. La consecuencia de esto fue que los primeros reclamos estuvieran direccionados a obtener poder de decisión. Por un lado, el derecho al voto —como primer paso hacia el reconocimiento de sus derechos civiles— y, por el otro, la posibilidad de abortar —en tanto manifestación de las decisiones sobre el propio cuerpo—.

Estos gritos de autodeterminación tardaron en llegar a los oídos del DIP. Es recién en 1979 cuando se logró la redacción de un instrumento internacional que recogiera parte de las preocupaciones de las mujeres: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (“CEDAW” por sus siglas en inglés). Así, se inicia un largo camino en el reconocimiento de la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres (y todo aquel colectivo de personas que desafía y cuestione la preeminencia del varón heterosexual) y, por lo tanto, de sus derechos.

¹ CHARLESWORTH (1997:57-58).

² POSTIGO ASENJO (2007:281); ARENDT (2005: 37-59).

De esta manera, es el derecho internacional de los derechos humanos (“DIDH”) la primera rama del DIP que comienza a mirar a la mujer como sujeta de derechos.³ Se podría pensar que una consecuencia lógica de este avance debería haber sido que las demás aristas del DIP comenzaran a replicar este reconocimiento. Pero no fue así.

Tanto es así que el derecho internacional humanitario (“DIH”), aun hoy, no lo ha hecho. Se observará que los Convenios de Ginebra (“CG”)⁴ de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 (“PA”) poseen referencias a las mujeres y niñas que se encuentran involucradas en un conflicto armado. Sin embargo, se intentará demostrar que no son suficientes desde una perspectiva de género, ya que limitan el imaginario de su participación a ser víctimas.

No obstante, ante la innegable gravedad de los crímenes sexuales y su creciente visibilización⁵ surgió la necesidad de desarrollar mecanismos de prevención y sanción de las personas responsables y protección de las víctimas. De esta manera, la creación de los tribunales *ad-hoc*⁶ fue una clara manifestación de la preocupación de la comunidad internacional frente a este fenómeno. Y fue el comienzo, desde nuestro punto de vista, de un proceso⁷ que busca dar respuesta a los crímenes internacionales de índole sexual que tienen como víctimas a mujeres y niñas.⁸

³ Algunos otros ejemplos del avance del DIDH en el reconocimiento de los derechos de las mujeres son la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o de 1994 (Convención de Belem do Para), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2003 y el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África de 2003. Hemos decidido adoptar algunas licencias lingüísticas para poder nombrar las variantes femeninas de “soldado” y “sujeto”.

⁴ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (“CG-I”), Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (“CG-II”), Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (“CG-III”), Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (“CG-IV”).

⁵ Para un análisis del proceso de visibilización al que se hace referencia, ver VISSEUR SELLERS (2009:316).

⁶ Se hace referencia al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establecido por Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda establecido por Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994.

⁷ Luego de los tribunales *ad-hoc*, se han creado las siguientes jurisdicciones de carácter no permanente: Paneles Especiales para Timor Leste establecidas por Reglamento 2000/15 de la UNTAET, 6 de junio de 2002; Reglamento 2000/11 de la UNTAET, 6 de marzo de 2000; resolución 1272 del Consejo de Seguridad de ONU, 25 de octubre de 1999; Tribunal Especial para Sierra Leona establecido por Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, 16 de enero de 2002; Salas Especiales para Camboya establecidas por Ley sobre el establecimiento de las Salas Extraordinarias en los tribunales de Camboya (NS/RKM/080/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004; acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Camboya, firmado el 6 de junio de 2003; y el Tribunal Especial Iraquí establecido por Estatuto N° (1), 10 de diciembre de 2003, sancionado por el Consejo de Gobierno Iraquí; Tribunal Especial para El Líbano, creado por resolución 1757 del Consejo de Seguridad de ONU del 30 de Mayo de 2007.

⁸ Esta afirmación no pretende desconocer la existencia de víctimas varones y niños. De hecho, los estereotipos de género son tanto femeninos como masculinos. En este trabajo se ha hecho un enfoque en los femeninos, pero los masculinos no dejan de ser igualmente dañinos, con severas consecuencias para aquellos varones que escapan a esos esquemas, como por ejemplo al ser sometidos a actos que —debido a esas mismas imposiciones sociales— son considerados particularmente degradantes y se prefieren esconder. Este es el caso de la violencia sexual que tiene como víctimas a varones y niños, que ha estado virtualmente ausente de los debates académicos y de la opinión pública hasta hace aproximadamente una década. Ver SIVAKUMARAN (2010); CARPENTER (2004).

Este desarrollo tuvo su punto más alto —hasta el momento— en la tipificación de los crímenes de naturaleza sexual, tanto si se cometen en un contexto de lesa humanidad como en el marco de un conflicto armado, en el Estatuto de Roma (“ER”) de 1998⁹ que crea y regula la Corte Penal Internacional (“CPI”).¹⁰ Asimismo, a medida que estos tribunales comenzaron a sentar precedentes, se fueron desarrollando modos de interpretación de las normas internacionales —en algunos casos, también de su conjunción con el derecho doméstico— aplicables a las situaciones de conflicto armado y de lesa humanidad.¹¹

Esta proliferación de tribunales internacionales —“fragmentación institucional”—, como así también la multiplicidad de ramas específicas —“fragmentación sustantiva”—, permiten sostener que no existe un derecho único, ni tiene sentido ir en su búsqueda.¹² Entonces, sí es dable proponer una resignificación de cada área del derecho, según sus principios, objetos y fines, a fin de revisar los supuestos sobre los cuales ha sido edificado, cuestionando su naturaleza en clave de género. Todos los avances en la materia han logrado que se abran nuevos debates académicos en torno a la inclusión de la perspectiva de género en el DIP.¹³

Algunas de las preguntas que guían el presente trabajo están relacionadas con la posibilidad de replantear algunos abordajes del DIP desde un enfoque de género. Ello así porque en el análisis de las conductas que se realizan en el marco de los conflictos armados se entrecruzan distintas aristas del DIP. No sólo el DIH y las previsiones que se encuentran en instrumentos de DIDH sino también del derecho internacional penal (“DIPenal”). Esta confluencia es una clara manifestación de los efectos de la fragmentación. La experiencia del DIDH y del DIPenal en el desarrollo de institutos que visibilizan la situación de las mujeres y niñas es una clara muestra de la incorporación de un enfoque de género en la construcción y aplicación de normas. En otras palabras, ese proceso reafirma la posibilidad de realizar una lectura transversal del DIP, desde una perspectiva de género, en la que una de las aristas que falta revisar es el DIH. En este sentido, la propuesta de trabajo es rever algunas de las instituciones del DIH, poner de manifiesto sus deficiencias y, así, delinear las bases de un DIH que avance hacia una mayor protección donde la perspectiva de género sea una herramienta para tal fin.

1. La fragmentación del derecho internacional público y la perspectiva de género

1.1. Los estereotipos y la perspectiva de género

En primer término, cabe aclarar que la idea de una perspectiva de género está ligada, necesariamente, al cuestionamiento de una sociedad basada en la preeminencia

⁹ Texto adoptado el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002.

¹⁰ Artículos 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) y 8(2)(e)(vi) del ER.

¹¹ Para un repaso de la jurisprudencia más relevante, ver los análisis de LUPING (2009) y de OOSTERVELD (2011).

¹² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 16), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

¹³ International Humanitarian Law and Gender, Report Summary International Expert Meeting: “Gender Perspectives on International Humanitarian Law”, 4 y 5 de octubre de 2007, Estocolmo, Suecia; ICRC (2004: 8); ICRC (2001:23-24).

del varón heterosexual.¹⁴ Es decir, implica desde una división tajante de los roles que desempeñan el varón y la mujer, hasta la discriminación y exclusión de toda aquella persona que no “encaje” en ese modelo.¹⁵ De esta manera, se diferencian no sólo los ideales de mujer y varón, sino también los ámbitos de actuación de cada uno de ellos. El ámbito de lo público —de las relaciones sociales, del trabajo— es el campo de acción por excelencia del varón. Y el espacio privado —el hogar, el cuidado de los/as niños/as— es el reservado para la mujer.¹⁶ Así, la construcción social del imaginario del *deber ser mujer* y del *deber ser varón* donde se asocian —y se esperan— determinadas conductas según el sexo asignado desde su nacimiento, da cuenta de esta división.¹⁷ En otras palabras, desde que la persona nace es socializada según el sexo biológico asignado a través de construcciones sociales, culturales e históricas que establecen qué es ser mujer y qué es ser varón.¹⁸ Y si bien estos estereotipos se van transformando con el paso del tiempo, son difíciles de modificar y de reinventar. Una de las herramientas para pensar y reflexionar acerca de estos modelos impuestos socialmente es el análisis con una mirada de género.¹⁹ Es decir, utilizar una “perspectiva de género” permite indagar, de manera crítica, esos roles, espacios y atributos con el fin de (de)construirlos, redefinirlos y ponerlos en crisis. Como consecuencia, este punto de partida también implica, indefectiblemente, la evaluación de las políticas y las normas que los afectan.²⁰

1.2. La importancia del fenómeno de la fragmentación

El término “fragmentación” indica el proceso de diversificación del DIP que se traduce en la aparición de normas o instituciones especializadas en una temática que puede dar lugar a regímenes autónomos (en contraposición a un régimen general).²¹ De esta forma, coexiste un derecho internacional general y ordenamientos también internacionales, pero especiales. Una de las causas de este fenómeno es la complejidad de las sociedades actuales y la búsqueda de respuestas a los problemas a los que se

¹⁴ LAMAS (1986: 181).

¹⁵ WITTIG (2006: 51-52).

¹⁶ PATEMAN (1983: 212-214).

¹⁷ SCOTT (2011: 97).

¹⁸ COOK y CUSAK (2009:13-15).

¹⁹ Es dable recordar que un enfoque de género no sólo implica poner de manifiesto la situación de sumisión en la que se encuentran las mujeres, sino también, provocar un quiebre en esos estereotipos de género a los que se ha hecho referencia en el presente apartado. Esta ruptura y una posible redefinición de aquellos, tendría como consecuencia, indefectiblemente, la puesta en escena de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, transgénero, travestis, bisexuales, intersex y queers (“LGTBIQ”). Bien se sabe que este colectivo se ha visto históricamente discriminado por no “adecuarse” ni al sexo asignado al nacer ni a la orientación sexual impuesta por la reproducción de los estereotipos de género. Esta exclusión se ve claramente en la normativa interna e internacional que no abarca las situaciones que protagoniza la comunidad LGTBIQ. Es por ello que, si bien no es objetivo del presente capítulo abordar esta problemática, se afirma que la incorporación de una perspectiva de género a la hora de crear y aplicar normas internacionales también sería beneficiosa para una mayor protección este colectivo.

²⁰ IIDH y CEJIL (2004: 76); ONU, Reunión del Grupo de Expertos encargado de preparar directrices para la incorporación de perspectivas de género en las actividades y los programas de derechos humanos, E/CN.4/1996/105, 20 de noviembre de 1995, p 8.

²¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 12), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*; STAHN y VAN DEN HERIK (2012:22).

enfrenta la comunidad internacional.²² Es así que cada rama o régimen se rige por su propio objeto y fin, y se encuentra atravesado por los principios que le son inherentes.²³

Desde nuestro punto de vista, la creación de tribunales internacionales penales representa un claro ejemplo de este fenómeno.²⁴ En tanto esos órganos poseen una doble dimensión —ya que deben aplicar normas del DIP pero también del DIPenal—, se presenta la posibilidad de la interpretación de normas a veces disímiles y contradictorias.²⁵ Ello se complejiza porque, con frecuencia, la distinción entre disposiciones del DIPenal y aquellas que pertenecen al DIH o al DIDH no es tan clara.²⁶ En otras palabras, órganos cuyo objetivo principal es determinar la responsabilidad penal individual tienen la obligación de aplicar e interpretar normas que no son estrictamente penales.²⁷ Desde este punto de partida, avanzamos en la propuesta metodológica de este trabajo, anclando el análisis en dos casos de estudio de DIPenal en los que se aplica el DIH. Esa interrelación es lo que nos lleva a indagar, a través del análisis de normas del DIH, por un lado, y su aplicación por parte de tribunales internacionales penales, por el otro, las consecuencias de la fragmentación en el planteo de una visión de género del DIP.

Así, en el primer apartado del presente trabajo, se señalarán algunas de las insuficiencias del DIH ante la falta de un abordaje de género. En la segunda sección, se analizarán dos decisiones de tribunales penales internacionales en las se abordan situaciones de mujeres que no son, necesariamente, víctimas. Es decir, tanto en el primer caso que se examinará —una mujer imputada de cometer crímenes internacionales— como en el segundo —niñas “soldadas” en el marco de conflictos armados— ellas escapan al estereotipo y roles asignados por el DIH como víctimas en tiempos de guerra. Por último, se reflexionará acerca de la utilidad (o no) de los diálogos entre las ramas del DIP mencionadas, tratando de dilucidar si el DIH podría echar mano al desarrollo del DIPenal para eventualmente abandonar los enquistados estereotipos de género.

2. Las insuficiencias del DIH desde una perspectiva de género: la reproducción de estereotipos

2.1. La mujer y los roles asignados: madre y víctima de violencia sexual

Este trabajo sostiene que el DIH, desde sus albores, reproduce estereotipos de género. Esto se debe a que los CG de 1949 y los PA de 1977 fueron redactados en torno

²² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 16), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

²³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 15), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.

²⁴ Ver el capítulo introductorio de este libro.

²⁵ GORVER (2010: 561).

²⁶ STAHN y VAN DEN HERIK (2012:23-24).

²⁷ A modo de ejemplo, el artículo 21 del Estatuto de Roma que regula el derecho aplicable por la CPI establece en su inciso 1.b la aplicación de “los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”; y en su inciso 3, da cuenta de la necesidad de que tanto la interpretación como aplicación que se realice deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

a un imaginario de combatiente principalmente varón y de mujer prioritariamente víctima. El impacto diferencial que los conflictos armados tienen sobre uno y otro sexo²⁸ fue sin duda tenido en cuenta en aquel entonces, por lo cual se pueden observar, por un lado, reglas relativas a la detención de combatientes mujeres que han caído en poder de fuerzas enemigas y, por el otro, aquellas referidas a la protección de mujeres civiles. ¿Cuál es la crítica, entonces, si el DIH claramente se ha tomado el trabajo de considerar las particularidades que hacen a la situación de la mujer en el contexto de combate? La realidad es que lo que resulta problemático son los presupuestos sobre los que se ha edificado la normativa, tal vez aquello que se puede advertir sólo a través de una lectura feminista: las previsiones legales dirigidas específicamente al sexo femenino se basan en una concepción de la mujer como débil, prioritariamente víctima, y con énfasis en su rol reproductivo y de cuidado.²⁹ La mujer sigue siendo vista desde una perspectiva masculina, como un “otro” a quien proteger, y no como sujeta de derechos.³⁰ De este modo, el DIH reproduce estereotipos de género.

Como se ha dicho, los estereotipos son construcciones sociales que, como tales, han ido evolucionando a lo largo del tiempo. Al explicar el significado de la expresión “consideraciones debidas” al sexo femenino contenida en el artículo 14 del CG-III,³¹ los comentarios a los CG³² interpretan que se debe tener en cuenta su “debilidad”, su “honor y modestia”, como así también los casos de “embarazo y parto”.³³ Se comprende que, si la redacción de los CG se basó en esta concepción de mujer, las previsiones orientadas específicamente a ellas no harán más que reproducir estos estereotipos. Tal como lo revelan GARDAM y JARVIS,³⁴ de las cuarenta y dos disposiciones contenidas en los CG y sus PA relativas a las mujeres, diecinueve las abordan en su rol reproductivo, como “mujeres encintas” o “embarazadas”,³⁵ “parturientas”,³⁶ “madres de niños menores”³⁷ y “madres lactantes”.³⁸ Al ocuparse, por ejemplo, de las condiciones de detención, el DIH prevé el cuidado de la privacidad de la mujer, pero no hace mención a las necesidades biológicas más allá del embarazo o la maternidad, como son los cuidados higiénicos o servicios de salud sexual.³⁹

Del mismo modo, como hemos señalado, el abordaje de la violencia sexual posiciona a la mujer primariamente como víctima, haciendo hincapié en el efecto de tales actos sobre su castidad y modestia.⁴⁰ De este modo, además de describir los actos

²⁸ Para una revisión exhaustiva del impacto diferencial de los conflictos armados en las mujeres, ver GARDAM y JARVIS (2001:21-51).

²⁹ GARDAM y JARVIS (2001:94); CARPENTER (2006:99).

³⁰ GARDAM y JARVIS (2001:94).

³¹ “Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres.” CG-III, art. 14.

³² Los cuatro volúmenes de los Comentarios, redactados bajo la dirección de Jean Pictet, fueron publicados de 1952 a 1959. Se hará referencia a los mismos como PICTET *ET AL* para dar cuenta de su carácter de obra colectiva.

³³ PICTET *ET AL* (1960:147) *traducción propia*. Ver también PICTET *ET AL* (1952:140).

³⁴ GARDAM y JARVIS (2001:96).

³⁵ Ver, por ejemplo, arts. 16, 38 y 50 CG-IV, arts. 70.1 y 76.2 PA-I, art. 6.4 PA-II.

³⁶ Ver, por ejemplo, arts. 7, 18, 20, 21, 22, 23, 91 y 127 CG-IV y art. 70.1 PA-I.

³⁷ Ver, por ejemplo, arts. 12, 38 y 50 CG-IV, art. 76.2 PA-I, art. 6.4 PA-II.

³⁸ Ver, por ejemplo, art. 132 CG-IV, art. 70.1 PA-I.

³⁹ GARDAM y JARVIS (2001:104-105).

⁴⁰ PICTET *ET AL* (1958:206) se refieren a estos actos como violatorios del honor, modestia y dignidad de las mujeres.

típicos *per se* que hacen a la violencia sexual (“violación” y “prostitución forzada”),⁴¹ el DIH destaca como valores femeninos el “honor” y el “pudor”,⁴² características asignadas por el varón a la mujer objeto de su protección.⁴³ Tal vez invertir el planteo deja en claro la crítica que se está haciendo: ¿qué se afecta en el varón cuando éste es víctima de violencia sexual? ¿Acaso el varón no tiene modestia, honor o pudor? En el imaginario de varón y mujer que reproduce el DIH, estas preguntas quedan sin respuesta.

Como corolario vale destacar que estas reglas específicas referidas a las mujeres no se encuentran incluidas en el sistema de infracciones graves⁴⁴ previsto por los CG y sus PA. Si bien en 1958 el Comité Internacional de la Cruz Roja (“CICR”) señaló que la infracción grave de “trato inhumano” (artículo 147 CG-IV) debe ser interpretada a la luz del art. 27 CG-IV, donde sí se habla expresamente de “violación” contra las mujeres,⁴⁵ ello no deja de ser un indicador de la jerarquía que el DIH le otorga a las normas que protegen específicamente a las mujeres.

2.2. ¿Rompiendo el estereotipo? La mujer perpetradora

El primer apartado de esta sección puso en evidencia el imaginario de mujer madre y víctima de violencia sexual en que se basa la normativa referida a las mujeres en el marco de los conflictos armados. Es posible inferir que el DIH no hace más que reflejar la realidad y, en este sentido, no puede desconocerse que la guerra ha sido (y en gran medida sigue siendo) llevada adelante por varones.⁴⁶ Esto no ha sucedido por casualidad, sino que existe justamente una causalidad intrínseca a las relaciones sociales que construyen expectativas de género en las que el varón recibe el mandato de valentía y deber de defensa de *su* familia, *su* patria. Siguiendo esta lógica, las mujeres generalmente han ocupado roles considerados típicamente femeninos (como ser puestos administrativos o de enfermería), ateniéndose al mandato de su género.⁴⁷

Sin embargo, las mujeres también han sido y siguen siendo parte activa de fuerzas armadas regulares y no estatales.⁴⁸ Cuando ellas no se atienen al estereotipo de víctima indefensa, escapan al imaginario de mujer que tuvo en miras el DIH en su concepción, de modo que el esquema legal existente no logra abarcar enteramente el fenómeno de la mujer combatiente, resultando insuficientes las regulaciones generales aplicables a ambos sexos.⁴⁹

El conflicto en Ruanda es un buen ejemplo para analizar los diversos roles que

⁴¹ Ver, por ejemplo, art. 27.2 CG-IV, arts. 75.2 y 76.1 PA-I, art. 4.2 PA-II.

⁴² Ver, por ejemplo, art. 27.2 CG-IV.

⁴³ Ver, por ejemplo, art. 27.2 CG-IV, arts. 75.2 y 76.1 PA-I, art. 4.2 PA-II.

⁴⁴ Se denomina “sistema de infracciones graves” de los CG y sus PA a la distinción que hacen estos instrumentos entre violaciones al DIH y aquellas que alcanzan un estándar de gravedad que permite considerarlas crímenes de guerra. Esto no es igual en toda la normativa: el ER, por ejemplo, incluye algunas violaciones al DIH como crímenes de guerra que no se encuentran identificadas como infracciones graves (en particular, crímenes de naturaleza sexual). *Cf.* GARDAM y JARVIS (2001:73-75). Ver también CICR (2008), “Los Crímenes de Guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el Derecho Internacional Humanitario. Cuadro comparativo”, disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/sp_-_crimenes_de_guerra_cuadro_comparativo.pdf].

⁴⁵ PICTET *ET AL* (1958:598); GARDAM y JARVIS (2001:100).

⁴⁶ GOLDSTEIN (2001:10).

⁴⁷ GOLDSTEIN (2001:104).

⁴⁸ GOLDSTEIN (2001:104); HAERI y PUECHGUIRBAL (2010:110); CARPENTER (2006:33); ICRC (2001:23).

⁴⁹ GARDAM y JARVIS (2001:99).

han cumplido las mujeres en un conflicto armado especialmente sangriento, con un elevado involucramiento de la población civil en la comisión del genocidio tutsi. El papel desempeñado por las mujeres hutus incluyó la participación directa en los crímenes. Sin embargo, la mayoría de los relatos que se hacen del conflicto destacan los roles secundarios que cumplieron las mujeres.⁵⁰ Sería posible dividir en dos grupos a las mujeres perpetradoras en Ruanda: por un lado, las mujeres “comunes” que cometieron crímenes sin escapar a su rol típicamente femenino y, por el otro, aquellas que – ocupando puestos de liderazgo en la administración pública, en partidos políticos, en el ejército, y en comunidades religiosas– cometieron o fomentaron el genocidio. El primer grupo es fácilmente identificable y no genera demasiadas dificultades, ya que cumple en reflejar los estereotipos de género existentes en la sociedad ruandesa:

[...] hay consenso generalizado en cuanto a que las actividades de las mujeres durante el genocidio consistían principalmente en saquear los bienes de los tutsis, delatar sus escondites a los asesinos, y apoyar a sus hombres – actividades que, como se ha observado, se ceñían a las expectativas respecto del género femenino–.⁵¹

No obstante, el segundo grupo individualizado es el que presenta ciertas particularidades que permiten indagar acerca de los modos en los que la sociedad ruandesa lidió con las mujeres perpetradoras.

El caso de Pauline Nyiramasuhuko es sumamente ilustrativo⁵², ya que representa una excepción a la típica mujer ruandesa: tras casarse con el ex Ministro de Educación Superior (que luego sería Rector de la Universidad Nacional en Butare durante el genocidio), construyó su propia carrera política con el apoyo del Movimiento Revolucionario Nacional por la Democracia y el Desarrollo (partido político hutu). Trabajó en el Ministerio de Salud, para luego ser designada Ministra de Familia y Desarrollo de la Mujer.⁵³ Nyiramasuhuko fue acusada y condenada como parte de “los cuatro de Butare”, grupo conocido por haber liderado la comisión de crímenes sexuales en esa localidad, con especial ensañamiento y brutalidad.⁵⁴ Esta mujer poderosa y educada hizo uso de su situación de privilegio, para ser una parte fundamental de la comisión de delitos sexuales contra mujeres tutsis.⁵⁵

Al intentar resolver el interrogante planteado, “[l]a respuesta más sencilla consiste en eliminar a estas mujeres ‘excepcionales’ de la categoría ‘mujeres’, ya que aparentemente traicionaron a su género y ya no son dignas de ser definidas como tales”.⁵⁶ Las mujeres que cometen atrocidades son deshumanizadas, se las califica como “monstruos”; incluso más que a los varones que han cometido los mismos crímenes, ya que éstos no se alejan de la expectativa social respecto de su género.⁵⁷ Así, SJOBERG y

⁵⁰ HOGG (2010:11); SJOBERG y GENTRY (2007:158).

⁵¹ HOGG (2010:11).

⁵² TPIR, SJII, *Fiscal c. Nyiramasuhuko et al. (Butare)*, “Judgement and Sentence”, ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011.

⁵³ DRUMBL (2013:8-9).

⁵⁴ DRUMBL (2013:6).

⁵⁵ SJOBERG y GENTRY (2007:160-171); DRUMBL (2011).

⁵⁶ HOGG (2010:34).

⁵⁷ HOGG (2010:34); SJOBERG y GENTRY (2007:172). Ver SJOBERG y GENTRY (2007:147) en relación con el caso de Biljana Plavsic en el contexto del conflicto de los Balcanes.

GENTRY⁵⁸ destacan que la cobertura mediática y la fascinación en torno al caso de “Pauline” (llamada en muchos casos por su nombre de pila) se debe a que ella escapa el estereotipo de mujer víctima, débil, pura e inocente.

Sin embargo, plantear que, por un lado, las mujeres “comunes” llevaron adelante estos actos sin tomar una decisión libre y consciente y que, por el otro, las mujeres con puestos de liderazgo no son más que monstruos, es insuficiente para explicar lo acontecido.⁵⁹ La insuficiencia se debe, según SJOBERG y GENTRY,⁶⁰ a la falsa creencia que sostiene que las mujeres son forzadas —excepcional y contingentemente— a cometer estos delitos, mientras que los varones son dueños plenos de sus decisiones. Ninguna decisión es del todo propia del agente (sea varón o mujer) y, al mismo tiempo, todas las decisiones son contextuales y contingentes. El estereotipo de mujer impide un análisis más objetivo, que permita ver a Pauline Nyiramasuhuko por lo que es: una mujer, poderosa, educada, agente de sus propias decisiones y perpetradora de crímenes internacionales. Nuevamente se observan los efectos de la falta de perspectiva de género, necesaria para deconstruir los estereotipos.⁶¹

2.3. El caso de las niñas soldadas

Los estereotipos de género relativos a las mujeres son igualmente aplicables a las niñas, con el valor agregado de que, en este caso, el imperativo de víctima indefensa alcanza su máxima expresión. Dado que la experiencia de las niñas soldadas es multifacética, se abordará dicha complejidad haciendo foco en la variable género. Con este fin, se problematiza primero la diversidad de roles de las niñas en el marco de conflictos armados⁶² observando el modo en que escapan al imaginario de víctima pasiva. Luego —a través del análisis de un caso específico— se pondrá en evidencia que una insuficiente perspectiva de género conlleva serios riesgos.

Las actividades que desempeñan las niñas en el contexto de un conflicto armado incluyen el ser cocineras, trabajadoras domésticas, enfermeras o “esposas”, hasta guardias, mensajeras, espías, combatientes o especialistas en armas.⁶³ Estos roles se combinan entre sí, adquiriendo algunos carácter de primarios y otros, de secundarios.⁶⁴

Es interesante observar el modo en que, escapando del imaginario de víctima indefensa, las niñas tomadas como “esposas” por líderes de grupos armados “usan el sexo para negociar mejores posiciones en las unidades familiares” y así conseguir protección,

⁵⁸ SJOBERG y GENTRY (2007:164). Ver también DRUMBL (2013:6-7).

⁵⁹ SJOBERG y GENTRY (2007:196).

⁶⁰ SJOBERG y GENTRY (2007:197).

⁶¹ Será interesante extender el análisis a la luz de las decisiones que se tomen en el marco del caso “Fiscal c. Simone Gbagbo”, contra quien se emitió una orden de arresto en el marco de la situación en Costa de Marfil. Es posible extraer de la orden de arresto que habría, por un lado, una valoración de la imputada en su carácter de esposa y miembro del círculo íntimo del Presidente Gbagbo y, por el otro, una reflexión respecto de su poder real de influencia y su aparente contribución a la violencia post-electoral que se estudia. Sin adelantarnos a lo que la Corte aún no ha establecido, sí es cierto que se estaría valorando el rol de la mujer tomando como punto de partida su carácter de esposa (“Ms Gbagbo acted as an alter ego for her husband” p. 10) para luego ahondar en lo que ella misma aportó a la planificación e implementación de un plan. CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III, “Fiscal c. Simone Gbagbo”, *Warrant of Arrest for Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12, 29 de Febrero de 2012.

⁶² MCKAY y MAZURANA (2004:92); WESSELS (2006:97-98).

⁶³ MCKAY y MAZURANA (2004:92); WESSELS (2006:87).

⁶⁴ MCKAY y MAZURANA (2004:92).

mejores alimentos y botines.⁶⁵ Más aún, la posición de poder adquirido por ser “esposas” de comandantes implica, en ocasiones, quedar a cargo de las instalaciones en su ausencia, siendo entonces las encargadas de distribuir las provisiones disponibles.⁶⁶ Este tipo de comportamientos puede ser entendido como estrategias de supervivencia que las mujeres desarrollan cuando se encuentran en este tipo de situaciones de extrema vulnerabilidad.⁶⁷

Es así que, teniendo en cuenta esta complejidad, es necesaria una mayor visibilización de los roles que ocupan las niñas. Una oportunidad para hacerlo fue la sentencia de la CPI en el caso de Thomas Lubanga Dyilo,⁶⁸ en el marco de la Situación de la República Democrática del Congo. Este caso da cuenta de la gravedad del crimen de guerra de reclutamiento, alistamiento y/o utilización de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades. Es interesante realizar un análisis sobre este antecedente en tanto permite cuestionar, nuevamente, la invisibilización de los crímenes sexuales, en este caso, perpetrados contra niñas. No sólo por la importancia de individualizar a los/as responsables de estas conductas sino, también, por el reconocimiento de los actos sexuales cometidos por miembros de grupos armados como parte de las actividades de apoyo a las hostilidades.⁶⁹

La sentencia en el caso introdujo una distinción entre el concepto de “participación activa” y el de “participación directa” en los conflictos armados,⁷⁰ que se aparta de la doctrina receptada por el CICR en la “Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario”.⁷¹ La decisión mayoritaria determinó que, para encuadrar una conducta como participación activa debe prestarse especial atención al *apoyo* que brinde la persona a los miembros del grupo armado, y el nivel de *riesgo* de la conducta llevada a cabo.⁷² Además, se realizó una distinción entre participación “directa” o “indirecta”⁷³ que hasta el momento nunca se había hecho.⁷⁴

⁶⁵ MCKAY y MAZURANA (2004:93), traducción propia. Ver también WESSELS (2006:95-96).

⁶⁶ MCKAY y MAZURANA (2004:93).

⁶⁷ MCKAY y MAZURANA (2004:93).

⁶⁸ CPI, Sala de Juicio I (en adelante SJ I), “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo 2012.

⁶⁹ CPI, SJ I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 20.

⁷⁰ Esta interpretación se enmarca en los términos del artículo 8 que establece los crímenes de guerra en los que tiene jurisdicción la CPI donde, tanto para los conflictos armados internacionales como para aquellos que no tienen ese carácter, se regula el crimen de guerra de reclutamiento o alistamiento de niños/as menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o su utilización para la participación activa en las hostilidades.

⁷¹ MELZER (2010). En este documento se explican tres elementos que deben existir para que un acto sea considerado participación activa en las hostilidades: 1. umbral de daño (que se debe alcanzar a través de la materialización o de la mera probabilidad de que el acto tenga como resultado el daño de carácter de militar); 2. causalidad directa (cadena causal ininterrumpida) y 3. nexos beligerante (propósito de causar el daño de manera directa).

⁷² CPI, SJ I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo 2012, párrs. 576 y 628.

⁷³ *Ídem*, párr. 628.

⁷⁴ MELZER (2010: 43). Este desarrollo también fue sostenido por la Sala de Primera Instancia II en el caso seguido contra Germain Katanga (CPI, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párrs. 1043-1045).

Sin embargo, la CPI descartó la posibilidad de encuadrar como participación en las hostilidades la esclavitud sexual a la que habían sido sometidas las niñas reclutadas, básicamente, por dos motivos: por un lado, porque no interpretó que ese sometimiento sexual se tradujera en un *apoyo* a los miembros del grupo armado; y, por el otro, debido a que entendió que los hechos relacionados con la violencia sexual no habían sido incluidos en la Decisión de Confirmación de Cargos.⁷⁵

No obstante, la jueza Elizabeth Odio Benito, en su voto disidente, recalcó que se debía atender a las particularidades específicas de la participación de mujeres y niñas.⁷⁶ Y entendió que no incluir como participación activa a la violencia sexual contra las niñas, invisibilizaba esas conductas desconociendo el apoyo esencial que ello implica para el grupo.⁷⁷ A su vez, exigir que las niñas puedan ser consideradas un blanco legítimo,⁷⁸ desde nuestra perspectiva, tiene como consecuencia la pérdida de la protección general que brinda el DIH a la población civil.⁷⁹

Cabe mencionar que esta sentencia fue apelada por Lubanga quien,⁸⁰ entre otras cosas, cuestionó la distinción realizada por la CPI entre participación activa y participación directa. La Sala de Apelaciones, si bien confirmó la condena impuesta, realizó una nueva consideración al respecto. Entendió que lo que se requiere es la existencia de un nexo entre la actividad y las hostilidades apartándose, de esta forma, de lo sostenido por la Sala de Primera Instancia I.⁸¹ En este sentido, determinó que el riesgo en el que se coloca al/a la niño/a al participar de las hostilidades, puede ser un indicador de ese nexo requerido.⁸²

En síntesis, sin una doctrina de participación en las hostilidades con perspectiva de género, que prevea el doble carácter de las niñas y mujeres como víctimas-participantes,⁸³ se presenta la disyuntiva de elegir entre pasar por alto la violencia sexual sufrida por las víctimas o, reconocerla, pero en la medida en que esos actos sexuales las conviertan en blancos legítimos.⁸⁴

⁷⁵ CPI, SJ I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo 2012, párr. 630.

⁷⁶ CPI, SJ I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párrs. 6 y 16; PARK (2006: 322).

⁷⁷ CPI, SJ I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 20.

⁷⁸ CPI, SJ I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo 2012, párr. 628.

⁷⁹ Ésta última, consagrada en el CGIV y receptada, además, en el artículo 51 del PAI y en el artículo 13 del PA II. Ver MELZER, N. (2010: 70).

⁸⁰ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014.

⁸¹ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 332.

⁸² CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 333.

⁸³ CPI, SJ I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo 2012, *Separate and dissenting opinion of Judge Odio Benito*, párr. 20.

⁸⁴ No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares II en el caso “Fiscal. c. Ntaganda”, en la “Decision Pursuant to Article 67(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda”, decidió que, a pesar de que los/as niños/as soldados/as hayan participado activamente de las hostilidades, no pierden la protección que les brinda el DIH. Esto significó conceptualizar a los/as niños/as como víctimas tanto del reclutamiento (tipificado en el artículo 8(2)(e)(vii) del ER) como de los crímenes sexuales que se imputaban (párr. 78-80).

3. La necesidad de un DIH con perspectiva de género en un DIP fragmentado

Al inicio de este trabajo propusimos analizar las falencias que, como consecuencia de la ausencia de una perspectiva de género, padece el DIH. Se observó con preocupación que los instrumentos del DIH por excelencia, como los CG y sus PA, se basan en una concepción patriarcal de las situaciones en las que puede encontrarse una mujer: no sólo se la considera débil y prioritariamente víctima, sino que se destaca como cualidad la importancia de cuidar su honor y modestia.

Ante la verificación de esta falencia, se planteó la necesidad de revisar los elementos que hacen al imaginario de mujer —que no se condice con sus experiencias de vida— en el marco de los conflictos armados, para acercar la norma a la realidad. Se advierte una tendencia a “normalizar” las conductas de las mujeres perpetradoras y niñas soldadas en cuanto a su intervención en los conflictos armados. Se encuentran modos de justificar que, aun conduciéndose como lo harían los varones, ellas mantendrían su carácter “femenino” (las niñas llevando adelante tareas domésticas, por ejemplo). La otra vía ha sido cuestionar su capacidad de cometer crímenes internacionales, calificándolas como no-mujeres o monstruosidades.

¿Qué consecuencia trae el encuadre limitado del DIH para mujeres que no se comportan según lo esperado para su rol? Justamente, la construcción de justificaciones del desvío de la norma en lugar de una apertura a un imaginario de mujer empoderada, o de una niña que participa activamente de las hostilidades. Es tan avasallante la categoría de víctima que, cuando son obligadas a contribuir al grupo armado —aun demostrando la capacidad de desempeñarse en una innumerable cantidad de tareas— no se reconoce ese aporte en el desarrollo de las hostilidades. En efecto, incluso cuando las niñas han decidido enlistarse en los grupos armados, se cuestiona su autonomía para la toma de la decisión.⁸⁵

Sostenemos que esta resistencia se debe inevitablemente a una falta de perspectiva de género. Es por ello que los análisis que se desarrollan en las sentencias de tribunales penales internacionales son, a nuestro entender, un paso necesario —pero no suficiente— al debate de la inclusión de la perspectiva de género en el DIP. En este sentido, creemos que ese debería ser el camino a seguir por el DIH: (de)construir sus categorías estancas en pos de abarcar la complejidad de roles que asumen, tanto varones y mujeres, en el marco de los conflictos armados. Es así que la fragmentación, tanto en su faz sustantiva como institucional, se presenta como un fenómeno que, al fomentar la interrelación entre las ramas, permitiría el traslado de una perspectiva de género. Es decir, el potencial que tiene la fragmentación de producir un intercambio dentro del propio DIP, es una cualidad que debe aprovecharse en favor de la inclusión de categorías pensadas con un enfoque de género.

Si bien proponemos una apertura a la perspectiva de género en el DIH como en otras ramas del DIP, una consecuencia tal vez no deseada consiste en la pérdida de algún tipo de protección especial que reciben las mujeres, en razón de su género, por el rol secundario en que la posiciona la tradición patriarcal. Esto nos invita a pensar en categorías que no sean estancas y que impliquen un doble carácter de víctima-participante cunado así sea el caso. Y a valorar la real magnitud de la contribución de las

⁸⁵ Claro está que la capacidad de consentir se relaciona con elementos ajenos al género, no ahondaremos en esta reflexión.

niñas soladas al esfuerzo militar. En ambos casos, si bien la consecuencia sería que sean consideradas blanco de ataque legítimo para la contraparte en el conflicto armado, esta “desprotección” que se produciría es la contracara de un reconocimiento. En el primer caso, de la puesta en peligro de la niña o mujer (al igual que sucede con los varones) que es obligada a participar en el conflicto por parte de los miembros del grupo armado. En el segundo caso, respecto del empoderamiento de aquella mujer que decide participar como miembro del grupo armado.

Este trabajo deja entrever que el DIP en general, y el DIH en particular, aún distan de haber incursionado realmente en una inclusión de la perspectiva de género que permita la (de)construcción de estereotipos tradicionales y, con ellos, la visibilización de las múltiples formas en que las mujeres y niñas participan de los conflictos armados.

Bibliografía

Instrumentos internacionales

- CONVENIO I DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 (e.v. 21 de octubre de 1950).
- CONVENIO II DE GINEBRA PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS, LOS ENFERMOS Y LOS NÁUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 (e.v. 21 de octubre de 1950).
- CONVENIO III DE GINEBRA RELATIVO AL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 (e.v. 21 de octubre de 1950).
- CONVENIO IV DE GINEBRA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949 (e.v. 21 de octubre de 1950).
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979 (e.v. 3 de septiembre de 1981).
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil.
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional (e.v. 1 de julio de 2002)
- PROTOCOLO I ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA del 12 de agosto 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977 (e.v. 7 de diciembre de 1978).

PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. 8 de junio de 1977 (e.v. 7 de diciembre de 1978).

PROTOCOLO A LA CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN ÁFRICA, adoptado por la Asamblea de la Unión Africana el 11 de Julio de 2003.

PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (e.v. 25 de diciembre de 2003).

Jurisprudencia

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Juicio I, “Fiscal c. Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Fiscal. c. Bosco Ntaganda”, *Decision Pursuant to Article 67(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 de junio de 2014

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares III, “Fiscal c. Simone Gbagbo”, *Warrant of Arrest for Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12, 29 de Febrero de 2012

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Juicio II, “Fiscal c. Nyiramasuhuko et al. (Butare)”, *Judgement and Sentence*, ICTR-98-42-T, 24 de junio de 2011.

Otros documentos

AA.VV. *International Humanitarian Law and Gender, Report Summary*, International Expert Meeting: “Gender Perspectives on International Humanitarian Law”, 4-5 October de 2007, Stockholm, Sweden.

ONU, Reunión del Grupo de Expertos encargado de preparar directrices para la incorporación de perspectivas de género en las actividades y los programas de derechos humanos, E/CN.4/1996/105, 20 de noviembre de 1995.

ONU, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, elaborado por Martii Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

Bibliografía crítica

ARENDRT, H. (2005) *La condición humana*, Buenos Aires: Paidós.

CARPENTER, R. C. (2004) “Recognizing Gender-Based Violence Against Civilian Men and Boys in Conflict Situations”, *to be presented at the Annual Meeting of the International Studies Association*, Montreal, Quebec.

CARPENTER, R. C. (2006) *Innocent Women and Children, Gender, Norms and the Protection of Civilians*, Burlington: Ashgate

CHARLESWORTH, H. (1997) “¿Qué son los ‘derechos humanos internacional de la mujer?’” en COOK R. J. (ed.) *Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Bogotá: Profamilia, 57-58.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2008) “Los Crímenes de Guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el Derecho

- Internacional Humanitario. Cuadro comparativo”, Servicio de Asesoramiento en Derecho internacional Humanitario, Ginebra.
- COOK R. J. Y CUSACK S. (2009) *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Traducción al español por: Andrea Parra. Título Original: *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Pennsylvania: University Press.
- DRUMBL, M. A. (2013) “She makes me ashamed to be a woman’: The Genocide Conviction of Pauline Nyiramasuhuko, 2011”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, 559-603.
- GARDAM, J. Y JARVIS, M. (2001) *Women, Armed Conflict and International Law*, The Hague: Kluwer Law International.
- GROVER, L. (2010) “A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 543-583.
- HAERI, M. Y PUECHGUIRBAL, N. (2010) “From helplessness to agency: examining the plurality of women’s experiences in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No 877, 103-122.
- HOGG, N. (2010) “La participación de las mujeres en el genocidio de Ruanda: ¿madres o monstruos?” *International Review of the Red Cross*, No 877, 1-37.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2001) *Women Facing War. ICRC Study on the impact of armed conflict on women*. Geneva: ICRC.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2004) *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict. An ICRC Guidance Document*. Geneva: ICRC.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (2004) *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, San José de Costa Rica: IIDH.
- JARAMILLO, I. C. (1998) “La crítica feminista al Derecho”, escrito en el marco del curso *Corrientes feministas contemporáneas*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- LAMAS, M. (1986) “La antropología feminista y la categoría ‘género’”, *Nueva Antropología*, Vol. 7, No 30, 173-198.
- LUPING, D. (2009) “Investigation and Prosecution of sexual and gender-based crimes before the International Criminal Court”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 17, 431-491.
- MCKAY, S. Y MAZURANA, D. E. (2004) *Where are the girls? Girls in Fighting Forces in Northern Uganda, Sierra Leone and Mozambique: Their Lives During and After War*, Montréal: Rights & Democracy.
- MELZER, N. (2010) *Guía para Interpretar la noción de Participación Directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra: CICR.
- OOSTERVELD V. (2011) “The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments”, *Cornell International Law Journal* 44, No 1, 49-74.
- PARK, A. S. J. (2006) “Other Inhumane Acts’: Forced Marriage, Girl Soldiers and the Special Court for Sierra Leone”, *Social & Legal Studies*, Vol. 15, No 3, 315-357.
- PATEMAN, C. (1983) “Feminismo y democracia” en Duncan, G. (ed.) *Democratic Theory and Practice*, Cambridge: University Press, 204-217.
- PICTET, J. ET AL. (1952) *Commentary to the First Geneva Convention of 12 August 1949*, Ginebra: ICRC.
- PICTET, J. ET AL. (1958) *Commentary to the Fourth Geneva Convention of 12 August 1949*, Ginebra: ICRC.
- PICTET, J. ET AL. (1960) *Commentary to the Third Geneva Convention of 12 August 1949*, Ginebra: ICRC.
- POSTIGO ASENJO, M. (2007) “Mujer, Feminismo y Modernidad: Atrapadas entre lo público y lo privado”, *ThÉmata. Revista de Filosofía*, No 39, pp. 281-286.

- SCOTT, J. W. (2011) “Género: ¿Todavía una categoría útil para el análisis?”, *La manzana de la discordia*, Vol. 6, No 1, pp. 95-101.
- SIVAKUMARAN, S. (2010) “Del dicho al hecho: la ONU y la violencia sexual contra hombres y niños durante conflictos armados”, *International Review of the Red Cross*, No 877, 1-20.
- SJOBORG, L. y GENTRY, C. E. (2007) *Mothers, Monsters, Whores: Women's Violence in Global Politics*, London-New York: Zed Books.
- STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (2012) “‘Fragmentation’, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?”, en STAHN C. y VAN DEN HERIK L. (eds.) *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 21-89.
- VISEUR SELLERS, P. (2009) “Gender Strategy is not a Luxury for International Courts” Symposium: Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes before International/ized Criminal Courts, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. Vol. 17, No. 2, 301-326.
- WESSELS, M. (2006) *Child Soldiers. From Violence to Protection*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- WITTIG, M. (2006) *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Madrid: Egales.

¿Una casa tomada? Un análisis de las fuentes del derecho internacional penal y su relación con el derecho internacional público

Natalia M. Luterstein

De manera que uno entraba por el zaguán, abría la cancel y pasaba al living; tenía a los lados las puertas de nuestros dormitorios, y al frente el pasillo que conducía a la parte más retirada; avanzando por el pasillo se franqueaba la puerta de roble y más allá empezaba el otro lado de la casa, o bien se podía girar a la izquierda justamente antes de la puerta y seguir por un pasillo más estrecho que llevaba a la cocina y el baño. Cuando la puerta estaba abierta advertía uno que la casa era muy grande; si no, daba la impresión de un departamento de los que se edifican ahora, apenas para moverse.

J. CORTÁZAR (1951)¹

La doctrina tradicional² ha aceptado que las fuentes del derecho internacional público (en adelante “DIP”) son aquellas mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “CIJ”) que regula el derecho aplicable por aquella jurisdicción

Por su lado, el Estatuto de Roma (en adelante “Estatuto”) contiene una disposición relativa al derecho aplicable por la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI” o “Corte”) en la que, además de incluir a los instrumentos específicos de la Corte, se hace referencia a otras ramas del DIP, como el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el propio DIP general. Sin embargo, si bien puede considerarse que el derecho aplicable elaborado en el artículo 21 del Estatuto deriva de las fuentes del DIP,³ en realidad no responde exactamente a la lógica del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, modificando de cierta forma el sistema de fuentes en el contexto del derecho internacional penal (en adelante “DIPenal”).⁴

Como en una casa tomada, el DIPenal se vincula con el DIP tradicional, ocupando espacios y forzando un reordenamiento de los principios que lo han regulado desde su origen. El presente trabajo tiene entonces como objetivo analizar el impacto de la interpretación y aplicación del artículo 21 en la teoría general de las fuentes del DIP a la luz de la llamada “fragmentación del derecho internacional”. ¿Puede considerarse el Estatuto de la Corte Penal Internacional como un régimen auto-contenido? ¿Cuál es su relación con el derecho aplicable por otros tribunales penales internacionales y con el DIP general?

¹ CORTÁZAR, J. “Casa tomada” en *Bestiario* [1951], en *Cuentos Completos*, 1994, Madrid: Alfaguara, p. 108.

² BARBOZA (2008), MONCAYO, VINUESA y GUTIERREZ POSSE (1997), BARBERIS (1994), entre muchos otros. Para una visión crítica del sistema tradicional de fuentes del DIP, ver CHARLESWORTH (2012).

³ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 436).

⁴ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 436).

Para ello, este artículo comenzará por una breve explicación teórica del fenómeno de la fragmentación del derecho internacional y seguirá luego con una sucinta descripción y comparación entre artículo 38 del Estatuto de la CIJ y el artículo 21 del Estatuto de Roma. En el tercer apartado se analizará el derecho aplicable por la CPI y su relación con las fuentes del DIP. Finalmente, el apartado 4 versará sobre el impacto del artículo 21 del Estatuto de Roma en el sistema de fuentes del DIP tradicional a la luz de la fragmentación.

1. La fragmentación del derecho internacional

En las últimas décadas se ha producido una expansión del derecho internacional más allá de sus límites tradicionales, creándose diversos sistemas de normas aplicables a ámbitos específicos con sus propios principios e instituciones, como —por ejemplo—, el derecho de los derechos humanos, el derecho mercantil o el derecho ambiental, lo que, a su vez, deriva de la naturaleza horizontal y de la lógica de coordinación propia del DIP.⁵ En 2002, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante “CDI”) comenzó un estudio sobre la llamada “fragmentación del derecho internacional” que culminó en 2006, en el que identificó dos aspectos: a) la fragmentación institucional, relacionada con la jurisdicción y competencia de las diversas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales y la relación entre ellas, y b) la fragmentación sustantiva, que implica la división del derecho internacional en marcos especializados que pretenden tener autonomía, tanto entre sí como respecto del derecho internacional general. Sin embargo, la CDI decidió concentrar su estudio solamente en la fragmentación sustantiva, es decir en los conflictos normativos que pueden surgir de la relación entre los diferentes marcos especializados y el derecho internacional general.⁶

En este contexto, una de las cuestiones analizadas por la CDI fue la aparición de los llamados “regímenes autónomos” (*self-contained regimes*). El Informe los define como un “grupo de normas y principios relativos a una cuestión en particular, que puede ser aplicable como *lex specialis*. Con frecuencia estos regímenes especiales tienen sus propias instituciones que aplican las normas pertinentes”.⁷

Sin embargo, en el ámbito específico del DIPenal, un análisis de este fenómeno resultaría incompleto si no se tomasen en cuenta ambos aspectos de la fragmentación, debido a la cantidad de tribunales penales internacionales e internacionalizados⁸ existentes con competencias similares. A su vez, el “universo de tribunales penales internacionales” responde al modelo horizontal y descentralizado del DIP en el que no existe una “corte suprema internacional”. Cada tribunal es creado de forma independiente y no se configura un conjunto de instituciones judiciales relacionadas entre sí,⁹ como si se tratara de una especie de organismo unicelular.¹⁰

⁵ REMIRO BROTONS (2007).

⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Doc. A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006, p. 5.

⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 11).

⁸ Se trata de tribunales penales que combinan elementos internacionales y nacionales, como la composición, la definición de los crímenes o el territorio en el que están ubicados. Pueden mencionarse como ejemplos el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial para El Líbano, las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya o los Paneles para Crímenes Graves de Timor Oriental.

⁹ Tribunal Especial para El Líbano, Sala de Apelaciones, Caso CH/AC/2010/02, *Decision on appeal of Pre-trial Judge's order regarding jurisdiction and standing*, 10 de noviembre de 2010, párr. 41.

Si bien el funcionamiento de cada tribunal penal internacional se apoya en las normas generales del DIPenal, cada uno cuenta con su propio estatuto y regulación que lo diferencia del resto. En este sentido, cabe señalar que el Estatuto de la CPI es el único que contiene un artículo sobre derecho aplicable,¹¹ similar al artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Ambas disposiciones —el artículo 21 del Estatuto de Roma y el artículo 38— permiten examinar la cuestión de la fragmentación ya que establecen las fuentes que regularán el funcionamiento de sendas instancias judiciales. En otras palabras, el contenido de estas normas se relaciona tanto con la fragmentación sustantiva como con la fragmentación institucional.

2. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el artículo 21 del Estatuto de Roma: iguales pero distintos.

De la misma manera en que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece el derecho aplicable para resolver las controversias que le sean sometidas, el artículo 21 del Estatuto de Roma define el derecho aplicable por la CPI para resolver los casos de su competencia.

Ambos artículos poseen una estructura similar, que organiza el sistema de fuentes de cada tribunal. Sin embargo, y como se explicará en este trabajo, el artículo 21 presenta características propias que responden a la naturaleza del DIPenal.

Artículo 38	Artículo 21
<p>1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:</p> <p>a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;</p> <p>b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;</p> <p>c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;</p> <p>d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.</p> <p>2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio <i>ex aequo et bono</i>, si las partes así lo convinieren.</p>	<p>1. La Corte aplicará:</p> <p>a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;</p> <p>b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;</p> <p>c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.</p> <p>2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.</p> <p>3. La aplicación e interpretación del derecho de</p>

¹⁰ GAETA (2003), citada en Tribunal Especial para El Líbano, Sala de Apelaciones, Caso CH/AC/2010/02, *Decision on appeal of Pre-trial Judge's order regarding jurisdiction and standing*, 10 de noviembre de 2010, párr. 41.

¹¹ BITTI (2009: 286); MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 438). PELLET (2002: 1052). Cabe señalar que el Estatuto del Tribunal Especial para El Líbano contiene un artículo que establece el derecho aplicable, pero se refiere únicamente a algunas disposiciones del Código Penal libanés. Sin embargo, en este punto, debe mencionarse que en su decisión del 16 de febrero de 2011 sobre derecho aplicable (*Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*), la Sala de Apelaciones se refirió al derecho internacional para interpretar las normas libanesas mencionadas en su Estatuto, ver párr. 124.

	<p><i>conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.</i></p>
--	---

El artículo 38 encuentra su antecedente en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, adoptado en 1920. Originalmente, esta norma había sido redactada con el mismo objetivo que hoy tiene el artículo 21 del Estatuto de Roma: definir el derecho aplicable por la Corte. Sin embargo, como la función de la CIJ es resolver controversias de acuerdo con el DIP, y dado que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* parte del Estatuto, existe un consenso universal respecto de que la disposición se refiere a la enumeración de las fuentes del DIP,¹² tanto los modos válidos de creación o fuentes principales (los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho) como los modos de verificación del DIP o fuentes auxiliares (la jurisprudencia y la doctrina). Se considera, además, que no existe ningún tipo de jerarquía entre las fuentes principales.¹³

Por su lado, el Estatuto de Roma es el primer instrumento regulatorio de un tribunal penal internacional que contiene una disposición especial sobre el derecho aplicable. Los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda y de los tribunales internacionalizados no contienen una norma similar, y los jueces han optado por aplicar sus propios estatutos junto con las fuentes del DIP, receptadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

La inclusión de una disposición como el artículo 21 respondió a la necesidad que plantearon varios Estados en la Conferencia de Roma de respetar la garantía del *nullum crimen sine lege*, receptada en el artículo 22 del Estatuto.¹⁴ El proyecto de la CDI hacía referencia a tres fuentes sin establecer ningún tipo de jerarquía entre ellas: a) el Estatuto; b) tratados y principios y reglas de derecho internacional; y c) normas aplicables del derecho interno.¹⁵ Sin embargo, y quizás con el objetivo de limitar la discrecionalidad judicial, el artículo 21 contiene un orden de prelación de las fuentes que la CPI deberá aplicar, en el que se incluyen el Estatuto y sus instrumentos complementarios —que, a su vez, están ordenados jerárquicamente—, así como las fuentes formales del DIP y, como guía de aplicación e interpretación, los derechos humanos. Contrariamente al objetivo de los Estados negociadores, algunos autores han señalado que el sistema de fuentes que incluye el Estatuto es extremadamente complejo e incierto y el orden de precedencia ambiguo, lo que le otorga a los jueces la posibilidad, quizás demasiado amplia, para interpretar la disposición.¹⁶

Como surge del texto, si bien el artículo 21 del Estatuto de Roma deriva del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, presenta varias diferencias.

¹² SHAW (2008: 71).

¹³ BARBOZA (2008: 89), MONCAYO, VINUESA y GUTIERREZ POSSE (1997: 80), CASSESE (2005: 198).

¹⁴ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 436).

¹⁵ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 436).

¹⁶ PELLET (2002: 1053).

En primer lugar, se desprende de esta norma que se incluye una jerarquía de fuentes, lo que no ocurre con el artículo 38. Se prevé así una especie de “pirámide jurídica” que ordena el derecho aplicable. Se ha dicho que ello responde, entre otras cosas, a la necesidad de respetar el principio de legalidad aplicable en cualquier proceso penal.¹⁷ En segundo lugar, no se hace mención específica a la fuente consuetudinaria, aunque implícitamente se la pueda inferir de la frase “principios y normas del derecho internacional”. En tercer lugar, si bien se incluye a los principios generales de derecho como fuente, su definición se diferencia de la receptada en el artículo 38 al permitirle a la Corte hacer su análisis sobre la base del derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto, con el derecho internacional o con las normas y estándares internacionalmente reconocidos. En cuarto lugar, pareciera que la jurisprudencia jugara un rol diferente del que le es asignado en el marco del Estatuto de la CIJ.¹⁸ En quinto lugar, la doctrina, fuente auxiliar en el marco del artículo 38, no aparece, ni siquiera de forma indirecta o implícita, en el Estatuto de Roma. Finalmente, el artículo 21 contiene una referencia expresa a “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, otorgándole a esta rama del DIP un rol como guía para la interpretación y aplicación del resto de las fuentes, lo que tampoco aparece en el artículo 38.

Ahora bien, ¿son estas diferencias suficientes para considerar que el artículo 21 implica que el Estatuto de Roma está separado del DIP general?

3. “Casa tomada”: la relación entre derecho internacional penal y el sistema de fuentes tradicional del derecho internacional público

El DIPenal, entendido como “el cuerpo de normas de fuentes internacional cuyo objeto es el de tipificar conductas imputables a individuos, atribuyéndoles el carácter de delitos o de crímenes”,¹⁹ es considerado una rama del DIP.²⁰ En consecuencia, comparten ciertos elementos, como por ejemplo las fuentes, los sujetos y la categorización de normas en dispositivas e imperativas.

Por otro lado, se ha dicho también que el DIPenal sería una rama híbrida, formada por tres ordenamientos: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los derechos penales internos, lo que provocaría en el DIPenal una suerte de crisis de identidad.²¹ Esta crisis de identidad se advierte claramente en el sistema de fuentes establecido en el artículo 21 del Estatuto de Roma que, como se verá a lo largo de este trabajo, menciona a los tres ordenamientos.

Ahora bien, afirmar que el DIPenal comparte con el DIP los procesos de creación de normas implica aceptar, por ejemplo, que dentro de esta rama, como en el DIP general también puede existir la llamada “dualidad de fuentes”, por la que “una determinada pauta de conducta puede ser vinculante tanto a través de una costumbre internacional como de un tratado en el mismo momento y para el mismo sujeto”.²² Así, por ejemplo, se ha señalado que, en tanto las definiciones de los crímenes de

¹⁷ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 436).

¹⁸ Cf. artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁹ GUTIÉRREZ POSSE (2006: 20).

²⁰ AKANDE (2009: 43).

²¹ GROVER (2010: 550).

²² GUTIÉRREZ POSSE (2006: 35).

competencia de la Corte reflejan la costumbre internacional, éstas son obligatorias para todos los individuos –y no solamente aquellos nacionales de Estados parte o que cometan dichos crímenes en territorios de Estados parte– sobre la base de la fuente consuetudinaria,²³ aunque, por supuesto, la Corte no podría ejercer su jurisdicción sobre éstos a menos que mediara un envío del Consejo de Seguridad.²⁴

Sin perjuicio de ello, la historia del DIPenal, aunque relativamente corta y en pleno desarrollo, muestra que actualmente “los tratados representan el núcleo de este ordenamiento jurídico”²⁵, debido a que ellos contribuyen a la claridad de las normas y el consentimiento otorgado por los Estados que son parte en ellos puede “constituir el punto de partida en el desarrollo de una norma consuetudinaria”.²⁶

3.1. Las fuentes creadoras de DIP: los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho

El artículo 21(1)(a) establece que la primera fuente aplicable la conforman tres instrumentos internacionales: el Estatuto de la Corte, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, todos ellos adoptados por los Estados (el primero durante la Conferencia de Roma y los dos últimos por la Asamblea de Estados Partes).²⁷

Si bien pareciera que los tres se encuentran en pie de igualdad, de una interpretación armónica del Estatuto surge que, por un lado, el artículo 9 dispone que los Elementos de los Crímenes deben ser compatibles con el Estatuto y “ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis”. Por el otro, el artículo 51(5) establece que “en caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto”. De esta manera, el primer grupo de normas aplicables se divide, a su vez, en dos, quedando en el extremo de la jerarquía el Estatuto de la CPI y en el escalón inmediatamente siguiente los otros dos instrumentos.

Las fuentes principales del DIP están incluidas dentro del derecho aplicable por la CPI, confirmando la relación del Estatuto de Roma con el DIP general, y el estatus de la Corte como tribunal internacional. En efecto, el artículo 21(1)(b) menciona “los tratados y los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”. De esta forma, el Estatuto hace referencia a “las fuentes formales en sentido estricto convencional y consuetudinario”,²⁸ aun cuando se utilice una terminología distinta de la del artículo 38.

Surge claramente la mención de la fuente prevista en el artículo 38(1)(a) del Estatuto de la CIJ: las convenciones internacionales. No obstante, y a pesar de la referencia específica del derecho internacional de los conflictos armados, no queda claro qué tratados podrían ser aplicados en el marco de la CPI. Esta alusión fue incluida desde el comienzo en los textos que se negociaron, por lo que quizás, su origen deba buscarse en el proyecto de la CDI. Éste incluía dentro de los crímenes de competencia no solamente aquellos mencionados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, sino también

²³ GROVER (2010: 567).

²⁴ Cf. artículos 12 y 13(b) del Estatuto de Roma.

²⁵ GUTIÉRREZ POSSE (2006: 39).

²⁶ GUTIÉRREZ POSSE (2006: 39).

²⁷ Los Elementos de los Crímenes (ICC-ASP/1/3 [part II-B]) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (ICC-ASP/1/3 [part.II-A]) fueron adoptados el 9 de septiembre de 2002.

²⁸ GUTIERREZ POSSE (2006: 41).

otros crímenes establecidos en los tratados incluidos en el Anexo al proyecto.²⁹ A la luz del Estatuto finalmente adoptado, el sentido de este inciso ya no parece del todo claro. Se ha propuesto que dentro de los tratados aplicables pueden incluirse instrumentos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³⁰ pero entonces surgiría la duda respecto de cuál sería el valor del artículo 21(3). Asimismo, se ha interpretado que podría referirse a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, mencionados expresamente en el artículo 8(2)(a), o a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, implícitamente incluida en el artículo 98(1).³¹

La referencia del artículo 21 a los principios y normas aplicables debe interpretarse como una alusión a otra fuente principal de DIP: la costumbre.³² La pregunta que surge entonces es por qué se eligió utilizar esta frase y se dejó de lado un término tan arraigado en el DIP. La respuesta debe buscarse en el objetivo mencionado *supra* de respetar el principio de *nullum crimen sine lege* de los Estados negociadores y el rechazo que, en general, presentan los abogados formados en derecho penal nacional al uso de esta fuente.³³

La cuestión de la costumbre como fuente de DIPenal ha dado lugar a diversas discusiones, en las que se oponen las posturas de los llamados “juristas internacionalistas” y los “juristas penalistas”.³⁴ Para los primeros, no cabe duda de que la costumbre, aun cuando se trate de una fuente no escrita —lo que implica que no cumpliría con los requisitos del principio de legalidad en sus cuatro aspectos: ley previa, escrita, cierta y estricta—³⁵ es, de todas maneras, un modo válido de creación de normas vinculantes,³⁶ lo que por supuesto es rechazado por el segundo grupo. Los representantes del primer grupo han sostenido que esta lectura del principio de legalidad tan estricta no es compatible con su contenido dentro del DIP,³⁷ ya que la definición de muchos crímenes internacionales es inherentemente vaga.³⁸ De hecho, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg sostuvo en su sentencia que en el marco del DIP “la máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación a la soberanía, pero [es] un principio de justicia”³⁹. En línea con esta interpretación, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante “TPIY”) sostuvo que el principio del *nullum crimen sine lege* es, ante todo, un principio de justicia, que no impide que una corte interprete y clarifique

²⁹ PELLET (2002: 1068).

³⁰ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 440).

³¹ AKANDE (2009: 49).

³² PELLET (2002: 1070).

³³ PELLET (2002: 1071).

³⁴ Algunos autores se refieren a esta cuestión como una controversia entre la “histeria penalista” y el “imperialismo internacionalista”. Cf. MONTIEL (2012: 427).

³⁵ Ello si se entiende el principio de legalidad conforme el alcance que se le otorga en los Estados de tradición jurídica europea o romano-germánico o en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, ya que de conformidad con otras tradiciones jurídicas, como el *common law*, el carácter punible de una conducta puede surgir de precedentes judiciales y no necesariamente de una ley. Cf. OLASOLO (2013: 27 y 32).

³⁶ Ello fue además afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el caso “Kononov” afirmó que cuando el derecho nacional no prevé las características específicas de un crimen de guerra, los tribunales internos pueden remitirse al derecho internacional sin infringir los principios de *nullum crimen* y *nulla poena sine lege*. Cf. “Kononov c. Letonia” (Application no. 36376/04), sentencia de la Gran Sala del 17 de mayo de 2010.

³⁷ AKANDE (2009: 51); PELLET (2002: 1057); OLASOLO (2013: 27).

³⁸ GROVER (2010: 554).

³⁹ Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, *Sentencia*, 1 de octubre de 1946, p. 223 (traducción propia).

los elementos de un crimen en particular o el desarrollo progresivo del derecho, sino que solo evitaría que el tribunal cree derecho nuevo o lo interprete más allá de una clarificación razonable.⁴⁰ Sin embargo, la decisión normativa que se tomó en Roma daría cuenta de que los “juristas penalistas” ganaron la pulseada en lo que al derecho aplicable se refiere.⁴¹

Esta postura contradice la experiencia de los tribunales *ad hoc*, los que han incluido extensas referencias a la costumbre a la hora de interpretar el alcance de su competencia material,⁴² aunque utilizando una metodología que ha recibido algunas críticas.⁴³ Cabe señalar en este punto que, al momento de la preparación del estatuto del TPIY, el Secretario General de las Naciones Unidas manifestó que los crímenes de competencia del tribunal estaban definidos en normas consuetudinarias que existían antes de su creación para que la (falta de) ratificación de los tratados no fuese un problema.⁴⁴ En este sentido, se ha señalado que dado que las fuentes mencionadas en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 21 —el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba— ofrecen una regulación bastante más detallada —relativa a los crímenes, los modos de responsabilidad y las defensas— que en el caso de los tribunales *ad hoc*, la costumbre como derecho aplicable no jugaría un papel tan importante en el contexto de la CPI. En este sentido, se ha sostenido que el Estatuto daría cuenta de una tendencia a otorgarle mayor importancia a los tratados como fuente de DIPenal por sobre la costumbre, con el fin de reducir la incertidumbre que entrañaría la aplicación de la costumbre como una fuente de derecho.⁴⁵

El artículo 21 dispone que los tratados y la costumbre serán aplicables “cuando proceda”. La jurisprudencia de la CPI demuestra que este inciso se ha interpretado de manera de considerar estas fuentes como subsidiarias de las mencionadas en el párrafo 1(a).⁴⁶ Así, por ejemplo, en el caso “Lubanga”, la Sala de Apelaciones sostuvo que “si

⁴⁰ Citado en SHAHABUDEEN (2004: 1013).

⁴¹ PELLET ha señalado, incluso, que la invocación del principio de legalidad como justificación de la inclusión del artículo 21 responde a un “lavado de cerebro” de los abogados penalistas, ya que, en el contexto del DIP, dicho principio no tiene el mismo alcance. PELLET (2002: 1057).

⁴² STAHN y VAN DEN HERIK (2012). Ver, por ejemplo, “Fiscal c. Tadic”, Sala de Apelaciones, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párrs. 96-127, analizando las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario que regulan los conflictos armados, o “Fiscal c. Kupreskic”, Sala de Juicio, *Sentencia*, 14 de enero de 2000, párrs. 521-535, en los que examina las normas consuetudinarias relativas a la prohibición de represalias contra la población civil.

⁴³ La metodología utilizada le da preminencia a la llamada “*opinio iuris*”, o conciencia de los Estados de actuar conforme a derecho, en particular, a través de la práctica sentada por Antonio CASSESE en su trabajo como juez del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y en el Tribunal Especial para El Líbano, GUTIÉRREZ POSSE (2006: 39) y CRYER (2012: 1049). CASSESE justificó el uso de esta metodología en el hecho de que era difícil discernir la real conducta de las tropas en el terreno para identificar si cumplían o no con las normas internacionales, debido a la falta de acceso al teatro de operaciones militares y a la no transmisión de información de las partes en un conflicto. Por ello, para examinar la formación de normas consuetudinarias, había que apoyarse principalmente en elementos tales como pronunciamientos oficiales de Estados, manuales militares y decisiones judiciales, “Fiscal c. Tadic”, Sala de Apelaciones, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 99. Para mayor detalle sobre esta discusión, ver STAHN y VAN DEN HERIK (2012), quienes señalan que luego de aplicar la mencionada metodología, los tribunales utilizan sus propias decisiones para consolidar su afirmación respecto de la existencia de una determinada norma consuetudinaria.

⁴⁴ UN Secretary General, “Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993)”, S/25704, de 3 mayo de 1993, párr. 29 y AKANDE (2009: 46); WALD (2007: 16).

⁴⁵ MONTIEL (2012: 431-432).

⁴⁶ BITTI (2009: 294).

una cuestión se trata de forma exhaustiva en ese texto o en el de las Reglas de Procedimiento y Prueba, (...) no cabría recurrir a la segunda o la tercera de las fuentes de derecho para determinar la presencia o ausencia de una norma aplicable a un determinado asunto”.⁴⁷ En el mismo sentido, en el caso “Al Bashir”, la Sala de Cuestiones Preliminares I, sostuvo que tanto el párrafo 1(b) como el inciso c) serán aplicables cuando se configuren dos condiciones: 1) que exista una laguna en el derecho escrito contenido en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas; y 2) dicha laguna no pueda ser completada a través de la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante “CVDT”)⁴⁸ y en el artículo 21(3).⁴⁹

La interpretación que ha adoptado la Corte implica percibir el sistema creado para la CPI como cuasi-autosuficiente, y entender que solo en casos excepcionales podrán ser incorporadas fuentes externas como derecho aplicable.⁵⁰ Ello entraña, además, la consecuencia de que el sistema de fuentes de la Corte no será tan flexible o abierto al DIP general como el de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia o para Ruanda.⁵¹

El artículo 21(1)(c) menciona “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen”. Este inciso tiene una clara relación con el inciso c) del artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ, si bien utiliza un lenguaje más moderno, cambiando la frase “naciones civilizadas” por “los sistemas jurídicos del mundo”. A más, el artículo 21 prevé la posibilidad de acotar el análisis a los principios de derecho de ciertos Estados, diferenciándose nuevamente del artículo 38, lo que generaría “una cierta ambigüedad en el concepto mismo de principios generales de derecho en tanto fuentes formales en sentido estricto”.⁵² Sin embargo, se ha observado que la definición del Estatuto de Roma, en realidad, resulta más precisa en lo que respecta a la fuente en cuestión.⁵³ Esta precisión le permitiría a la Corte darle prioridad al análisis de los sistemas jurídicos con los que el acusado se encuentra más familiarizado.⁵⁴ De hecho, los *travaux préparatoires* muestran que el sentido de la frase “los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción” podría incluir el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen, el Estado de la nacionalidad del acusado y el Estado que tiene bajo su custodia al acusado.⁵⁵

El rol del derecho interno en el procedimiento ante la Corte fue una cuestión ampliamente debatida en el marco del proyecto de la CDI como en las negociaciones de los comités preparatorios de la Conferencia de Roma. Durante dichas negociaciones surgieron dos posiciones con respecto a esta disposición. La primera sostenía que el principio del *nullum crimen sine lege* exigía que los jueces no gozaran de ningún grado de

⁴⁷ Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, del 3 de octubre de 2006, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, 14 de diciembre de 2006, párr. 34.

⁴⁸ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, (entrada en vigor: 27/01/1980).

⁴⁹ Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párr. 44.

⁵⁰ BITTI (2009: 293).

⁵¹ PELLET (2002: 1058) y BITTI (2009: 296).

⁵² GUTIERREZ POSSE (2006: 43).

⁵³ PELLET (2002: 1073).

⁵⁴ PELLET (2002: 1075).

⁵⁵ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 444).

discreción y que, ante cualquier duda respecto del derecho aplicable, deberían referirse al derecho interno apropiado. Por otro lado, la posición mayoritaria aceptaba que, a la luz del derecho internacional, los jueces deberían poder discernir y aplicar los principios generales del DIPenal, por tratarse de un tribunal internacional. La fórmula incluida en el artículo 21 representa un compromiso entre estas posiciones.⁵⁶

No obstante, si bien el artículo 38 les reconoce a los principios generales el mismo valor que a los tratados y a la costumbre, el Estatuto de Roma dispone que las dos últimas están por encima de los primeros, confirmando así las posturas de algunos autores que consideran que los principios generales de derecho no son fuente del DIP en el mismo sentido que los tratados y la costumbre.⁵⁷ Ello fue, a su vez, ratificado por la propia Corte. En efecto, en el caso “Lubanga”, en una de sus primeras decisiones, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que los principios generales de derecho se aplicarán cuando no existan tratados, principios y normas de derecho internacional.⁵⁸

3.2. La jurisprudencia

El artículo 21(2) le permite –sin que ello resulte una obligación– a la Corte “aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. ¿Era necesario incluir este párrafo? Como cualquier tribunal, la Corte, sin dudas, se referirá a su jurisprudencia –cuando fuese pertinente– al momento de decidir un caso, ya que de lo contrario debería modificar su postura con cada nueva decisión. El objetivo de este párrafo es, entonces, mostrar el compromiso alcanzado entre los sistemas anglosajones y los de tradición continental respecto del valor del precedente,⁵⁹ así como también sumar quizás un nuevo elemento que brinde certezas respecto del contenido de las decisiones judiciales.

La jurisprudencia de los otros tribunales penales internacionales ha jugado un rol similar, aun cuando sus estatutos no contengan una disposición como el artículo 21(2). En el caso del TPIY, la Sala de Apelaciones ha dicho que los jueces deben seguir los principios establecidos en decisiones previas, salvo que existan razones de peso para apartarse, en el interés de la justicia.⁶⁰ Por otro lado, y a pesar de tener un vínculo institucional a través de la Sala de Apelaciones, en un caso posterior el TPIY rechazó la aplicación automática de los precedentes del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sosteniendo que los estatutos habían sido adoptados en contextos diferentes.⁶¹ Asimismo, el artículo 20(3) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona establece que los jueces de la Sala de Apelaciones se guiarán por las decisiones de la Sala de Apelaciones de los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, lo que, por supuesto, no implica reconocer la doctrina del precedente obligatorio.

⁵⁶ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 436).

⁵⁷ BARBOZA se refiere a que los llamados autores voluntaristas pusieron en duda la naturaleza autónoma de los principios generales de derecho como fuente del DIP, afirmando que éstos no se ajustan a la definición tradicional de un procedimiento de creación de normas y, por lo tanto, deben utilizarse de modo supletorio cuando no se encuentre una norma convencional o consuetudinaria aplicable al caso, para evitar un *non liquet* o una laguna de derecho (2008: 147-148).

⁵⁸ *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, ICC-01/04-01/06-679, 8 de noviembre de 2006, párr. 9.

⁵⁹ VERHOEVEN (2002: 13).

⁶⁰ “Fiscal c. Aleksovski”, *Sentencia*, 24 de marzo de 2003, párr. 110.

⁶¹ “Fiscal c. Hadzihasanovic”, Sala de Apelaciones, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility*, 16 de julio de 2003, párr. 26.

El hecho de que el artículo 21(2) solo mencione las decisiones de la propia CPI parece poner en duda la posibilidad de hacer referencia a la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales. La jurisprudencia internacional no aparece como fuente —ni siquiera auxiliar— como ocurre en el sistema del Estatuto de la CIJ.

Sin embargo, y a pesar de tener diferentes regulaciones,⁶² sería extraño que la CPI, como tribunal penal internacional permanente, no se refiriera a la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales. Se han sugerido caminos alternativos para admitir estas referencias, como por ejemplo la utilización del inciso b) del primer párrafo, que remite a “los principios y normas de derecho internacional”, ya que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* puede usarse para identificarlos,⁶³ de hecho, estos tribunales han hecho amplia aplicación de las normas consuetudinarias en materia de DIPenal.⁶⁴ Asimismo, se ha propuesto que los precedentes de los tribunales *ad hoc* pueden ser tenidos en cuenta al interpretar el Estatuto sobre la base del artículo 31(3)(c) de la CVDT, ya que ello evitaría inconsistencias y la fragmentación dentro del DIPenal a través de una interpretación sistémica.⁶⁵

El artículo 21(2) demuestra la trascendencia que la jurisprudencia como fuente de DIP ha ganado desde la adopción del Estatuto de la CIJ, cuyo artículo 59 dispone que las decisiones del tribunal serán obligatorias solamente para las partes y el caso concreto, lo que podría explicarse en la intención de evitar que los jueces crearan derecho.⁶⁶ Actualmente, si bien persiste tal desconfianza,⁶⁷ lo cierto es que desde la adopción del actual artículo 38 en 1920, los Estados han creado una gran cantidad de tribunales,⁶⁸ con competencias diversas, lo que da cuenta de la creciente importancia del método jurisdiccional para solucionar controversias que involucren no solamente a estos sujetos, sino a otros, como por ejemplo los individuos. Y aun en el marco de la CIJ, a pesar del artículo 59, este tribunal ha adoptado la práctica de seguir sus propias decisiones,⁶⁹ lo que demuestra que en realidad no habría grandes diferencias entre el artículo 21(2) y el artículo 59 en cuanto a su modo de aplicación.⁷⁰

⁶² En general, se ha señalado que los estatutos de los tribunales *ad hoc* siguen mayormente el sistema anglosajón, mientras que el Estatuto de la CPI contiene características tanto de ese como del sistema romano-germánico. Esto fue reconocido por la propia Corte. Ver, por ejemplo, “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic and the Republic of South Africa*, ICC-01/05-01/08-475, 14 de agosto de 2009, párr. 42.

⁶³ NERLICH (2009: 313); STAHN y VAN DEN HERIK (2012). Ello fue aceptado, además por el juez Kaul en su disidencia a la Decisión que autorizó la apertura de la investigación de la situación en Kenia, que consideró a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* como una “fuente de inspiración”, *Cf. Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation in to the situation of the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párr. 30.

⁶⁴ NERLICH (2009: 308).

⁶⁵ NERLICH (2009: 320).

⁶⁶ ZAMMIT BORDA (2013: 652).

⁶⁷ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 436).

⁶⁸ Desde la década del 40, se han creado más de 100 jurisdicciones (y cuasi-jurisdicciones) internacionales (algunas de las cuales hoy ya no están en funcionamiento), *Cf.* “Proyecto sobre Cortes y Tribunales Internacionales”, texto disponible en: <http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/Synoptic%20Español.pdf> (última consulta: 25 de marzo de 2014) Para más información sobre las razones detrás de este incremento, ver, entre otros, ROMANO (1999).

⁶⁹ PELLET (2002: 1066).

⁷⁰ VERHOEVEN (2002: 13).

3.3. Los derechos humanos internacionalmente reconocidos como regla de interpretación

Al tratarse de un acuerdo escrito de voluntades entre Estados, el Estatuto de Roma es un tratado regido por las normas de la CVDT, incluidas las reglas de interpretación de los artículos 31 y 32.⁷¹ La regla general prevista en el artículo 31 dispone que los tratados deberán interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El artículo 32 prevé los métodos complementarios que deberán usarse para confirmar el sentido resultante de la interpretación, cuando, a pesar de la aplicación de la regla general, el sentido resulte ambiguo u obscuro, o cuando ésta conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Los medios complementarios previstos son los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.

Sin embargo, el Estatuto de Roma –en tanto tratado– presenta características particulares que requieren métodos especiales de interpretación. En primer lugar, al tratarse de una fuente del DIPenal, será de aplicación el principio *in dubio pro reo*, que está expresamente previsto en el artículo 22(2) del Estatuto y que requiere que si el resultado de una interpretación es ambiguo, se resuelva a favor del sentido más favorable al acusado, más allá de lo que pudiera surgir de los *travaux préparatoires*.⁷²

En segundo lugar, esto se complementa con la norma específica de interpretación que incluye el artículo 21, y que puede ser considerada como *lex specialis*.⁷³ En efecto, el tercer párrafo de esta norma dispone que

[1]a aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

Si bien se ha interpretado mayoritariamente que este párrafo se refiere a los derechos del acusado,⁷⁴ también debe vincularse con los derechos de las víctimas,⁷⁵ participantes en el proceso ante la CPI. De hecho, la Corte se ha referido a esta norma al analizar el alcance del artículo 68(3).⁷⁶

⁷¹ “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, ICC-01/04-01/06-679, 8 de noviembre de 2006, párr. 8.

⁷² AKANDE (2009: 45).

⁷³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 9).

⁷⁴ GROVER (2010: 559). En este sentido, debe señalarse que en el Informe del Comité Preparatorio se incluyó una nota al pie al entonces artículo 20 (actual artículo 21) en la que se señalaba que la referencia a los derechos humanos internacionalmente reconocidos requería que la interpretación de la CPI fuese consistente con el principio del *nullum crimen sine lege*. Ver *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. UN doc. A/CONF.183/2/Add.1, [incorporating documents A/CONF.183/2/Add.1 of 14 April 1998, Add1/Corr.1 of 26 May 1998 and Add.2/Rev.1 of 15 April 1998] 14 de abril de 1998, p. 30, nota al pie 68.

⁷⁵ GUTIÉRREZ POSSE (2006: 45).

⁷⁶ Este artículo dispone que “la Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus

Este párrafo se diferencia de los dos anteriores en términos de lenguaje, ya que no se refiere al derecho a aplicar, sino que establece que “los derechos humanos internacionalmente reconocidos” deben funcionar como una guía de interpretación y aplicación de las normas mencionadas en los párrafos anteriores, aunque sin explicar claramente la diferencia entre interpretación y aplicación.

Al respecto, se ha señalado también que este párrafo actúa como un punto de contacto entre el DIPenal y el derecho internacional de los derechos humanos,⁷⁷ —lo que podría ser, además, un intento de evitar la fragmentación del derecho internacional— mientras que otros autores consideran que el artículo 21(3) crea una “super legalidad”⁷⁸ o que se trata de una norma cuasi-constitucional,⁷⁹ porque los derechos humanos tendrían precedencia por sobre las demás normas aplicables.⁸⁰ Esta disposición se aplica tanto respecto del Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba como respecto del Reglamento de la Corte, instrumento adoptado por los jueces de la Corte.⁸¹

El párrafo en cuestión crea una regla de interpretación específica para el Estatuto de Roma que complementa las reglas establecidas en los artículos 31 y 32 de la CVDT. El problema que trae esta regla especial es la dificultad de definir el alcance de la frase “derechos humanos internacionalmente reconocidos”. ¿Deben tenerse en cuenta los instrumentos de carácter universal o pueden también ser incluidos los instrumentos regionales? ¿Debe tratarse de derechos reconocidos en fuentes formales o pueden comprender otro tipo de instrumentos como los que integran el *soft law*,⁸² tales como declaraciones o resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas? ¿Cuál es el valor de la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos?

Para definir el alcance de esta disposición se ha propuesto aplicar los criterios previstos en el artículo 21(1)(c) que se refiere a los “principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen”.⁸³ De esta manera, por un lado, se restringiría el conjunto de instrumentos y normas consuetudinarias de derechos humanos que podrían considerarse y, por el otro, permitiría aplicar normativa con la que el acusado o la víctima, según el caso, se encuentre más familiarizado. De hecho, se ha afirmado que, si así no fuera, se privaría al acusado de gozar de la protección que sí tendría ante una jurisdicción interna.⁸⁴ Sin embargo, la Corte ha rechazado un vínculo demasiado

intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos”.

⁷⁷ YOUNG (2011: 189).

⁷⁸ PELLET (2002:1079).

⁷⁹ SHEPPARD (2010: 46).

⁸⁰ PELLET (2002:1080).

⁸¹ “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decisión sobre la solicitud del Fiscal de autorización para contestar a las conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal*, ICC-01/04-01/06-424-tSPA, 12 de septiembre de 2006, párr. 4.

⁸² Este término fue introducido originalmente por Lord McNair para distinguir entre proposiciones de *lege ferenda* y de *lege lata* [ver DEL TORO HUERTA (2006: 518)], pero actualmente se utiliza para referirse a normas que se encuentran en proceso de formación, a aquellas normas de contenido difuso o vago y a las resoluciones de organizaciones internacionales que no tienen valor vinculante, como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ver BARBERIS (1994: 282-283).

⁸³ SHEPPARD (2010: 65).

⁸⁴ SHEPPARD (2010: 70).

estrecho entre el procedimiento ante la Corte y los procedimientos nacionales.⁸⁵ En efecto, este análisis no podría realizarse sin tomar en cuenta las diferencias que existen entre la CPI y los tribunales estatales, por lo que no podría llevarse a cabo “una transposición literal”, sino que sería necesario adaptar esos derechos humanos internacionalmente reconocidos al sistema del Estatuto.

Dado que el Estatuto no contiene ninguna definición expresa del término “derechos humanos”, el contenido y alcance de este párrafo deberán entonces ser determinados por la Corte. En una de sus primeras decisiones, la Sala de Apelaciones sostuvo que “[l]os derechos humanos subyacen al Estatuto, a cada uno de sus aspectos, incluido el ejercicio de la competencia de la Corte. Sus disposiciones deben interpretarse y, sobre todo, aplicarse de forma compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”.⁸⁶

Si bien este párrafo confirmaba el rol que deben jugar los derechos humanos, no ofrecía demasiadas pistas respecto de cuál es su contenido específico. Sin embargo, en otra decisión, uno de los jueces de la Sala de Apelaciones consideró como estos derechos “los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional consuetudinario y los tratados y convenios internacionales”.⁸⁷ En dicha decisión, hizo referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, como muestra de la aceptación general como principio del derecho internacional consuetudinario del respeto del derecho a un juicio justo.

Así, con respecto a los derechos del acusado, la jurisprudencia de la CPI ha adoptado una noción amplia del término, haciendo referencia tanto a instrumentos universales (convencionales y de *soft law*) como a jurisprudencia de los órganos regionales de protección de derechos humanos, como el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con preeminencia del primero,⁸⁸ dejando de lado las decisiones del sistema africano de derechos humanos.⁸⁹

Con respecto a la participación de las víctimas, en el caso “Lubanga”, la Sala de Primera Instancia I –a los fines de interpretar la Regla 85, que define la noción de “víctima”– hizo referencia a una fuente principal (la Convención de los Derechos del Niño) y a una norma de *soft law* (la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones

⁸⁵ “Fiscal c. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Motifs de la decision orale relative a l’exception d’irrecevabilite de l’affaire (article 19 du Statut)*, ICC-01/04-01/07-1213, 16 de junio de 2009, párr. 84, citado en SHEPPARD (2010: 65).

⁸⁶ “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto*, del 3 de octubre de 2006, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, 14 de diciembre de 2006, párr. 37.

⁸⁷ “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decisión sobre la solicitud del Fiscal de autorización para contestar a las conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal*, Opinión Separada del Juez Pikis, ICC-01/04-01/06-424-tSPA, 12 de septiembre de 2006, párr. 3.

⁸⁸ BITTI (2009: 301); YOUNG (2011: 203).

⁸⁹ YOUNG (2011: 204-205).

graves del derecho internacional humanitario⁹⁰ a interponer recursos y obtener reparaciones).⁹¹

En ciertas decisiones, la Corte se ha referido, no ya a los derechos humanos como guía de interpretación, sino a su aplicación, conforme surge también del párrafo 3. En efecto, en una de sus primeras decisiones, la Sala de Cuestiones Preliminares pareció considerar “los derechos humanos internacionalmente reconocidos” como normativa aplicable, aunque una vez que se hubiese comprobado que no existía ninguna norma aplicable al caso prevista en los incisos a) al c) del primer párrafo del artículo 21.⁹²

4. ¿Fuentes fragmentadas?: el impacto del artículo 21 en el sistema de fuentes del derecho internacional público

El sistema de fuentes de la Corte da preminencia a sus instrumentos propios o internos, como el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes, e incluye además, como fuentes externas subsidiarias, los modos tradicionales de creación del DIP. Dado que la CPI es el único tribunal penal internacional permanente que continuará funcionando cuando los demás tribunales penales completen su mandato, la relación que ésta entable con el DIP general tendrá consecuencias sobre el tipo de vinculación que existirá entre éste y el DIPenal.

A los fines de realizar este análisis, es necesario hacer referencia también al artículo 10 del Estatuto, que dispone que “[n]ada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”. En el mismo sentido, el artículo 22(3), que reconoce el principio de *nullum crimen sine lege*, dispone que “[n]ada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

Estas disposiciones parecen aceptar que pueden existir dos regímenes u ordenamientos de DIPenal diferentes de forma paralela: uno establecido en el Estatuto y otro regulado por otras fuentes como los tratados o la costumbre relativos a dicha materia.⁹³ Es más, podría decirse que los artículos 6, 7, 8 y 8bis no intentan crear un código penal vinculante para toda la comunidad internacional, sino solamente definir la competencia material de la CPI.⁹⁴ Su intención, pues, sería mucho más modesta y el impacto que el Estatuto podría tener en el DIP mucho más acotado.

Pareciera entonces que, a través del artículo 21 y del artículo 10, el Estatuto adoptó un sistema de fuentes rígido que no permitiría una evolución del derecho aplicable, quizás porque los Estados negociadores no confiaron en que los jueces

⁹⁰ UN AG. Res. 60/147, 16 de diciembre de 2005, adoptada sin votación.

⁹¹ “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on victims’ participation*, ICC-01/04-01/06-1119, 18 de enero de 2008, párrs. 35-36. Cabe señalar que el Juez Blattman, en su opinión separada y disidente, señaló que si bien acordaba con la interpretación de la mayoría del artículo 21(3), rechazaba la aplicación de los Principios Básicos y Directrices porque éstos habían sido específicamente analizados y dejados de lado en la Conferencia de Roma, párr. 4.

⁹² “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, ICC-01/04-01/06-679, 8 de noviembre de 2006, párr. 10.

⁹³ PELLET (2002:1083); STAHN y VAN DEN HERIK (2012).

⁹⁴ GROVER (2010: 571).

aplicarían responsablemente el DIP en su estado actual y por ello lo “congelaron” en el estado que tenía en 1998.⁹⁵

Se ha dicho, sin embargo, que el artículo 10 no debe ser interpretado para evitar que la costumbre influya en el Estatuto de Roma, sino para que el Estatuto de Roma no influya en el desarrollo de la costumbre.⁹⁶ A la luz de la mayor rigidez que parece crear el artículo 21, el sistema de fuentes creado por la CPI tiene la capacidad de provocar una separación entre el DIPenal y el DIP que resulta mayor de la que puede apreciarse en el marco de los otros tribunales penales internacionales.⁹⁷ ¿Podría entonces afirmarse que el Estatuto de Roma creó un régimen auto-contenido⁹⁸ en los términos del Informe de la CDI?

Cabe preguntarse si la costumbre internacional en materia de DIPenal puede realmente separarse de los desarrollos que se den en el marco de la CPI, debido a que ésta es el único tribunal penal internacional permanente. Además, sería contraproducente para el DIPenal en particular y para el DIP en general, que la CPI se autoconsidere un régimen cerrado y no como parte de un sistema de aplicación del DIPenal,⁹⁹ ya que con el tiempo, seguramente se convertirá en un punto de referencia del desarrollo de esta rama.¹⁰⁰ En este sentido, cabe señalar que en materia de tratados, las definiciones de los crímenes incluidas en el Estatuto de Roma han sido replicadas en los estatutos de otros tribunales penales, como las Resoluciones de la UNTAET¹⁰¹ que regulaba los Paneles Especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental y la normativa relativa a las Salas Extraordinarias de Camboya.¹⁰² Por ello, parecería ser que, al menos en materia de fragmentación sustantiva convencional, a pesar de las diferencias que existen respecto del derecho aplicable, la tipificación de los cuatro crímenes centrales, aun con ciertas diferencias, es en la mayoría de los casos similar, lo que impediría que los tribunales llegasen a conclusiones contradictorias.¹⁰³

Asimismo, y en virtud de tratarse de un tribunal permanente —con una regulación mucho más detallada que la de los otros tribunales penales internacionales, incluido el artículo 21— pareciera que la CPI podría ocupar —con respecto al desarrollo, en su caso, del DIPenal— un lugar similar al que ocupa la CIJ.¹⁰⁴ En este sentido, ¿podría pensarse que el artículo 21 seguirá el mismo camino que el artículo 38, y que en un

⁹⁵ PELLET (2002: 1058).

⁹⁶ GROVER (2010: 572).

⁹⁷ PERRIN (2008: 393).

⁹⁸ Ver, por ejemplo, CRYER (2009: 394).

⁹⁹ CRYER (2009: 394).

¹⁰⁰ STAHN y VAN DEN HERIK (2012).

¹⁰¹ United Nations Transitional Administration in East Timor (creada por la Resolución 1272 del Consejo de Seguridad) Resolución 1272 del CS, 1999; Reglamento 2000/11 de la UNTAET, 2000 y Reglamento 2000/15 de la UNTAET, 6 de junio de 2002.

¹⁰² Acuerdo entre la ONU el Gobierno Real de Camboya respecto del juzgamiento conforme la Ley camboyana de crímenes cometidos durante el periodo de Kampuchea Democrática del 6 de junio de 2003 y la Ley sobre el establecimiento de las Salas Extraordinarias, promulgada el 27 de octubre de 2004.

¹⁰³ WALD (2007: 24). Es cierto, no obstante, que la CPI ofrece una lista más amplia de los delitos subyacentes que los tribunales *ad hoc*, como por ejemplo, la desaparición forzada y el apartheid como crímenes de lesa humanidad, o los delitos de violencia sexual, tanto crímenes de guerra como de violencia sexual. Asimismo, cabe señalar que la CPI tiene competencia además sobre el crimen de agresión, que no está incluido en ninguno de los estatutos de los demás tribunales penales internacionales.

¹⁰⁴ De hecho, para resaltar su importancia, se ha comparado la creación de la CPI con la de la Corte Permanente de Arbitraje, denominándolo un momento de coronación de nuestra era, ROMANO (1999: 720).

futuro (cercano) su contenido será considerado como descriptivo de las fuentes del DIPenal.¹⁰⁵ Si así fuera, entonces sería deseable que la CPI no “cierre las puertas de su casa”, sino que, por el contrario, las abra para receptar la evolución del DIPenal y del DIP general.

Actualmente, la jurisprudencia de la CPI demuestra que, de hecho, la Corte ha abierto las puertas y entablado un “diálogo” con los demás tribunales penales internacionales, y hasta con las cortes regionales de derechos humanos.¹⁰⁶ Además, debe recordarse que el artículo 31(3)(c) de la CVDT requiere que en la interpretación de un tratado, como lo es el Estatuto de Roma, se tenga en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, lo que asegura el vínculo entre el DIP y el DIPenal. Se trata de la llamada “integración sistémica”, que implica que deben tenerse en cuenta fuentes materiales externas al tratado, por ejemplo otros tratados, normas consuetudinarias o principios generales de derecho, lo que parece estar previsto por el propio artículo 21 al incorporar –aunque de forma subsidiaria– normas de DIP externas.¹⁰⁷

Esta actitud de la CPI es coherente con la postura tomada por otros tribunales internacionales, que en sus sentencias buscan coordinar sus enfoques con los demás.¹⁰⁸

5. Algunas conclusiones

Nos gustaba la casa porque aparte de espaciosa y antigua (hoy que las casas antiguas sucumben a la más ventajosa liquidación de sus materiales) guardaba los recuerdos de nuestros bisabuelos, el abuelo paterno, nuestros padres y toda la infancia.

J. CORTÁZAR (1951)¹⁰⁹

El DIPenal ha ocupado y modificado ciertos pilares básicos de “la casa” del DIP tradicional, reforzando el rol del individuo como sujeto y rompiendo con el estadocentrismo y la estructura basada únicamente en el consentimiento del Estado.¹¹⁰ El DIPenal, como una rama relativamente nueva del DIP, implica desafíos con respecto a la indeterminación normativa inherente al desarrollo de las normas del DIP.¹¹¹ Si bien el artículo 21 confirma la relación entre el DIPenal y el DIP general, las diferencias señaladas –en particular la inclusión de una jerarquía de fuentes, que contradice el sistema descentralizado del DIP– dan cuenta de la necesidad de encontrar un sistema de fuentes que responda más adecuadamente a las características propias del DIPenal, ya que resultaría difícil importar sin más nociones de un derecho basado en el principio de autonomía soberana de los Estados a un derecho que, si bien no los excluye, se enfoca mayormente en otro sujeto: los individuos.

Por otro lado, el hecho de que la CPI tenga la posibilidad de utilizar fuentes externas contribuye con el dinamismo de sus propias normas y con la evolución, tanto del DIPenal como del DIP general. Será importante, entonces, que la CPI adopte una

¹⁰⁵ Teniendo en cuenta, por supuesto, que el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba son aplicables solamente al funcionamiento de la CPI. Sin embargo, podrían, de todas formas, influir en el desarrollo del DIPenal general.

¹⁰⁶ NERLICH (2009: 310).

¹⁰⁷ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 15).

¹⁰⁸ HIGGINS (2006: 798).

¹⁰⁹ “Casa tomada”, *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁰ STAHN y VAN DEN HERIK (2012).

¹¹¹ MCAULIFFE DE GUZMAN (1999: 439).

postura clara y sistemática respecto del vínculo entre su derecho aplicable y el artículo 38 del Estatuto de la CIJ al momento de interpretar y aplicar el sistema de fuentes establecido en el artículo 21 para que, de este modo, no se trate de una casa tomada, sino más bien de una casa compartida en la que todos encuentren sus espacios de acción.

Bibliografía

Instrumentos Internacionales

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, (entrada en vigor: 27/01/1980).

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (24 de octubre de 1945).

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, UN Doc. A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

Jurisprudencia

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decisión sobre la solicitud del Fiscal de autorización para contestar a las conclusiones de la Defensa en respuesta al documento justificativo de la apelación del Fiscal*, ICC-01/04-01/06-424-tSPA, 12 de septiembre de 2006.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing*, ICC-01/04-01/06-679, 8 de noviembre de 2006.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto*, del 3 de octubre de 2006, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, 14 de diciembre de 2006.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on victims’ participation*, ICC-01/04-01/06-1119, 18 de enero de 2008.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo”, *Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and Convening Hearings with the Kingdom of Belgium, the Republic of Portugal, the Republic of France, the Federal Republic of Germany, the Italian Republic and the Republic of South Africa*. ICC-01/05-01/08-475, 14 de agosto de 2009.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui”, *Motifs de la décision orale relative à l’exception d’irrecevabilité de l’affaire (article 19 du Statut)*, ICC-01/04-01/07-1213, 16 de junio de 2009.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Al Bashir”, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Situación de la República de Kenia”, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation in to the situation of the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, Disidencia del Juez Hans-Peter Kaul.

- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones “Fiscal c. Tadic”, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Juicio, “Fiscal c. Kupreskic”, *Sentencia*, 14 de enero de 2000.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Hadzihasanovic”, *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility*, 16 de julio de 2003.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Aleksovski”, *Sentencia*, 24 de marzo de 2003.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, Caso CH/AC/2010/02, *Decision on appeal of Pre-trial Judge’s order regarding jurisdiction and standing*, 10 de noviembre de 2010.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, Sala de Apelaciones, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 de febrero de 2011.
- TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, *Sentencia*, 1 de octubre de 1946.

Otros documentos

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), Doc. A/CN.4/L.702 “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, 18 de julio de 2006.
- COMITÉ PREPARATORIO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court” UN doc. A/CONF.183/2Add.1, [incorporating documents A/CONF.183/2/Add.1 of 14 April 1998, Add1/Corr.1 of 26 May 1998 and Add.2/Rev.1 of 15 April 1998], 14 de abril de 1998.
- SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993)”, S/25704, de 3 mayo de 1993.

Bibliografía crítica

- AKANDE, D. (2009) “Sources of International Criminal Law”, en CASSESE, A. (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: University Press, 41-53.
- BARBERIS, J.A. (1994) *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires: Editorial Ábaco.
- BARBOZA, J. (2008) *Derecho Internacional Público*, 2^{da} edición, Buenos Aires: Zavalía.
- BITTI, G. (2009) “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC”, en STAHN, C. y SLUITER, G. (eds.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 286-304.
- CASSESE, A. (2005) *International Law*. 2^{da} edición, Oxford: University Press.
- CHARLESWORTH, H. (2012) “Law-making and sources”, en CRAWFORD, J. y KOSKENNIEMI, M. (eds.) *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge: University Press, 187-202.
- CRYER, R. (2009) “Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the politics of sources”, en *New Criminal Law Review* 12, 390-405.
- CRYER, R. (2012) “International Criminal Tribunals and the Sources of International Law”, en *Journal of International Criminal Justice* 10, 1045-1061.

- DEL TORO DE LA HUERTA, M. I. (2006) “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 513-549.
- GAETA, P. (2003) “Inherent powers of International Courts and Tribunals”, en VOHRAH, L.C. et al (eds.) *Man’s inhumanity to Man – Essays on International Law in honour of Antonio Cassese*, La Haya: Kluwer, 353-372.
- GALLANT, K.S (2010) “International Criminal Courts and the making of Publico International Law: New roles for International Organizations and Individuals”, en *John Marshall Law Review* 43, 603-634.
- GROVER, L. (2010) “A call to arms: Fundamental dilemmas confronting the interpretation of crimes in the Rome Statute if the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law* 21, 543-583.
- GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T. (2006) *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires: Editorial de los Cuatro Vientos.
- HIGGINS, R. (2006) “A babel of judicial voices? Ruminations from the bench”, en *International & Comparative Law Quarterly* 55, 791-804.
- MCAULIFFE DE GUZMAN, M. (1999) “Article 21: Applicable Law”, en TRIFFTERER, O. (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Note, article by article*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 435-446.
- MONCAYO, G.R, VINUESA, R. y GUTIERREZ POSSE, H.D.T (1997) *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Buenos Aires: Zavalía.
- MONTIEL, J.P. (2012) “La ‘mala costumbre’ de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente de derecho penal internacional” en MONTIEL, J.P (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal*, Barcelona: Marcial Pons, 399-434.
- NERLICH, V. (2009) “The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC”, en STAHN, C. y SLUITER, G. (eds.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 305-325.
- OLÁSULO ALONSO, H. (2013) “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, en *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, vol. 1, 2013, 18-42.
- PELLET, A. (2002), “Applicable Law” en CASSESE, A, GAETA, P. Y JONES, J.R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford: University Press, 1051-1084.
- PERRIN, B. (2008) “Searching for Law while seeking Justice: The difficulties of enforcing International Humanitarian Law in International Criminal Trials”, en *Ottawa Law Review* 39, 367.
- REMIRO BROTONS, A. (2007) Entrevista publicada en *Revista Puente @Europa - Año V - Número 2 - junio*, texto disponible en <http://cejm.unibo.edu.ar/revista_puentea.europa.html> (última consulta: 13 de marzo de 2016).
- ROMANO, C.P.R (1999) “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, en *International Law and Politics* 31, 709-751.
- SHAHABUDDIEN, M. (2004) “Does the Principle of Legality stand in the way of progressive development of Law?”, en *Journal of International Criminal Justice* 2, 1007-1017.
- SHAW, M. (2008) *International Law*, Cambridge: University Press.
- SHEPPARD, D. (2010) “The International Criminal Court and ‘Internationally Recognized Human Rights’: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute”, en *International Criminal Law Review* 10, 43-71.
- STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (2012) “‘Fragmentation’, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-The-Box?”, en VAN DEN HERIK, L. y STAHN, C. (eds), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

- VERHOEVEN, J. (2002) “Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law”, en *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. XXXIII, 3-22.
- WALD, P. (2007) “Tribunal discourse and intercourse: How the International Courts speak to one another”, en *Boston College International and Comparative Law Review* 30, 15-27.
- YOUNG, R. (2011) “International recognised human rights before the International Criminal Court”, en *International & Comparative Law Quarterly* 60(1), 189-208.
- ZAMMIT BORDA, A. (2013) “A formal approach to article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, en *European Journal of International Law* 24, 649-661.

Participación activa en las hostilidades según la Corte Penal Internacional: consecuencias problemáticas de un derecho internacional fragmentado

Leandro Alberto Dias

Desde la entrada en vigencia del Estatuto de Roma (en adelante, “ER”) la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI” o, eventualmente, “Corte”) ha emitido tres sentencias, dos condenatorias y una absolutoria, todas ellas en el marco de la situación en la República Democrática del Congo.¹ Muchos son los temas de notoria relevancia para el derecho internacional penal que se abordaron para arribar a los respectivos veredictos y abarcan tópicos tan diversos como la responsabilidad penal de los acusados o la interpretación de las reglas y principios del derecho internacional humanitario (en adelante, “DIH”). Dentro de este último aspecto se ubica esta contribución, que analizará el concepto de “participación activa en las hostilidades” al que se ha recurrido en los casos *Katanga* y *Lubanga* para interpretar los crímenes de guerra de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de quince años para participar activamente en las hostilidades (artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) del ER).

Para ello, en los próximos apartados se examinarán, por un lado, los alcances de los términos participación directa y participación activa en las hostilidades que suelen manejarse en el DIH, para luego compararlos con las posiciones expuestas en los mencionados casos ante la CPI. El análisis comparado de ambos conceptos permitirá corroborar una hipótesis que podría sintetizarse del siguiente modo: el significado asignado al término participación activa en las hostilidades por la CPI resulta problemático en tanto se aparta del DIH, provoca una mayor situación de indefensión en las víctimas y viola la regla de interpretación *pro reo* en caso de duda del artículo 22(2) del ER. Para solucionar este problema, en última instancia, se ofrecerá una postura que necesariamente obligará a repensar la argumentación de los jueces de la Corte.

1. Participación activa y directa en las hostilidades como sinónimos, según el DIH

El término participación en las hostilidades ha sido debatido en profundidad en el seno del DIH,² pero no precisamente para delinear los límites de los tipos penales ya mencionados. Sin ir más lejos, al establecerse los crímenes de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños menores de quince años para participar activamente de las hostilidades, se codificó lo que se conoce como un “nuevo crimen”,³ que recién en

¹ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012; Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui”, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, ICC-01/04-02/12-3-t-ENG, 12 de diciembre de 2012; Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014. Se toma como fecha de referencia el mes de septiembre de 2014, momento en que se finalizó el borrador definitivo de esta contribución.

² SOLIS (2010: 202)

³ SCHABAS (2010: 195).

los últimos años ha emergido como norma consuetudinaria⁴ y, por lo tanto, su estudio sólo se ha intensificado en tiempos recientes.

Por el contrario, los problemas de interpretación de esta noción se derivan, fundamentalmente, del hecho de que los civiles pierden su protección contra ataques al participar directamente en las hostilidades, y mientras dure tal participación.⁵ Se trata de una regla consuetudinaria que parte del principio de distinción entre combatientes y población civil,⁶ y que puede encontrarse, a su vez, en los artículos 48 y 51(3) del PA I (en adelante, “PA-I”) a los Convenios de Ginebra de 1949, en el artículo 13(3) del Protocolo Adicional II (en adelante, “PA-II”), así como en distintos manuales militares.⁷ Pero más importante aún resulta el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y que da cuenta de la protección de las personas que no participan activamente de las hostilidades.⁸

Aquí surge un problema, debido a que la versión en inglés de los cuatro convenios originales utiliza el término *taking no active part in hostilities*, mientras que en los Protocolos Adicionales se modifica la terminología, al menos en algunos pasajes, por *take a direct part in hostilities*.⁹ Esto ha dado lugar a la pregunta de si la participación directa es equivalente a la participación activa en las hostilidades, o de si, por el contrario, se trata de conceptos distintos. Sin embargo, ambas palabras suelen considerarse como sinónimos¹⁰ y, prueba de esto es el hecho de que el igualmente auténtico texto francés de los convenios utiliza la frase *participent directement*,¹¹ sin divergencias entre los distintos instrumentos.¹² Y en lo que se refiere a la problemática

⁴ KONGE (2010: 56). La cuestión de si realmente existía una norma consuetudinaria con anterioridad a la codificación del crimen en el tratado, por lo pronto, puede ser dejada de lado. Basta con decir que en caso de no haber existido tal norma consuetudinaria, se habría formado con una gran rapidez después de su codificación en el ER. Sobre el tema, resulta interesante la opinión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, que consideró que ya en noviembre de 1996 existía una norma consuetudinaria que prohibía esta práctica, aunque con una disidencia del juez ROBERTSON: TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Sam Hinga Norman”, *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction*, SCSL-2004-14-AR 72(E), 31 de mayo de 2004, párr. 8 y ss., y opinión disidente del juez Robertson.

⁵ Cf. SCHMITT (2010: 698), SOLIS (2010: 202), BOUVIER, SASSÒLI y QUINTIN (2011).

⁶ Cf. DOSWALD-BECK y HENCKAERTS (2007 [2005]: 22); SCHMITT (2010: 700-702); VITÉ (2014: 77); URBAN (2012); WASCHFORT (2014: 62).

⁷ Véanse las referencias a manuales militares norteamericanos y británicos en SCHMITT (2010: 703).

⁸ La participación en las hostilidades es una cuestión intrínsecamente vinculada a los conflictos armados, trátense ellos de carácter internacional o no internacional y por eso se señalan en el texto, sin más, distintas reglas de los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Sí pueden encontrarse divergencias en torno a ciertos aspectos contingentes, como quiénes califican como civiles en ambos tipos de conflicto, o en qué grupos debe producirse el reclutamiento o alistamiento, pero para la determinación de los alcances de la participación en las hostilidades no tendrían que presentarse divergencias: en ambos casos se trata de la misma clase de conductas, regidas en lo esencial, por principios análogos. Así MELZER (2008: 1012, 1014).

⁹ WASCHFORT (2014: 63).

¹⁰ WASCHFORT (2014: 126); JENKS (2013: 121); GRAF (2012: 963); URBAN (2012); MELZER (2008: 1013-1014). Como se verá inmediatamente, este último autor representa, además, a la opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja y de, al menos en principio, los distintos expertos que participaron en la creación de una guía para entender el concepto de participación directa en las hostilidades. Véase *infra* nota 56.

¹¹ Véase el texto en francés del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, del artículo 51(3) del Protocolo Adicional I, y el artículo 13(3) del Protocolo Adicional II.

¹² MELZER (2008: 1013); WASCHFORT (2014: 63).

puntual de los niños soldados,¹³ resulta relevante¹⁴ el hecho de que el artículo 77(2) del PA-I a los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 1 de su protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados hacen referencia también a una *participación directa*,¹⁵ cuando estipulan que los Estados —u otras partes de conflictos armados internacionales— tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades.

En cuanto al contenido, podría decirse que se está en presencia de un concepto central para determinar la protección de los miembros de la población civil durante un conflicto armado. Esto se debe a que aquellos civiles que participan de modo directo en las hostilidades se convierten en blancos militares legítimos por el tiempo que dure su participación y que, por lo tanto, pueden ser atacados sin entrar en consideración ni en los cálculos de proporcionalidad ni al momento de minimizar los daños a la población civil.¹⁶ La razón de ser detrás de esta regla se vincula con que el *principio de distinción* está basado en la suposición de que los civiles no implican una amenaza, debiendo serles garantizada una protección, a menos que se produzcan comportamientos hostiles que requieran de una respuesta militar.¹⁷

Para determinar la pérdida de esa protección lo fundamental es la diferenciación entre una participación *directa*, por oposición a una *indirecta*,¹⁸ ya que en este último caso los civiles no perderían su protección, y es allí donde se producen las mayores divergencias. Los Estados han tendido a relegar la distinción a un análisis casuístico, sin ofrecer mayores parámetros, y a nivel académico también se ha discutido ampliamente el concepto.¹⁹ Suele considerarse, en este último ámbito, que el adjetivo “directa” no ofrece demasiadas bases para determinar los límites a la participación en las hostilidades, por lo

¹³ El término “niños soldados” ha servido para visibilizar la situación de menores que se ven obligados a participar en conflictos armados, pero ha generado una conceptualización errónea del fenómeno. Así, JENKS (2013: 107). En ese sentido, se suele presentar a los niños soldados como varones de escasa edad, descalzos y portando una AK-47, cuando en realidad también las niñas participan en las hostilidades y sus actividades de apoyo en las hostilidades no se limitan a la portación y el uso de armas, sino que cumplen diversas funciones. Sobre el tema, véase DRUMBL (2011). En este trabajo, cuando se hable de *niños* o de un *niño*, siguiendo la terminología de la versión en español del ER, se estará haciendo una referencia amplia, que abarca a todos los menores —niños y niñas— de quince años que, o bien formen parte de una fuerza armada nacional o de grupo armado, o bien realicen algún tipo de actividad de apoyo durante las hostilidades. No se abordará, sin embargo, el problema puntual de la violencia sexual contra niñas soldados —y, eventualmente, también contra niños—, debido a que las particularidades de esa cuestión requieren un tratamiento pormenorizado. Sobre el tema, véase CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, voto separado y disidente de la jueza Elizabeth Odio Benito. También GREY (2014); TAN (2014: 132), ÁLVAREZ (2015 [2012]), GIOSA (2015 [2012]), con referencias adicionales.

¹⁴ URBAN (2012).

¹⁵ El caso del protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño resulta particularmente relevante, debido a que en el preámbulo se toma nota de la aprobación del Estatuto de Roma y del tipo penal que se analiza en este artículo, y aun así se mantuvo la terminología clásica en el artículo 1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años *participe directamente* en hostilidades” (énfasis agregado).

¹⁶ SCHMITT (2010: 702). En un mismo sentido, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 55/97, Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párr. 178.

¹⁷ MELZER (2014: 323); JENKS (2013: 119).

¹⁸ MELZER (2008: 1013).

¹⁹ SCHMITT (2010: 702); SOLIS (2010: 202).

que la construcción del concepto no puede depender de la literalidad de los preceptos.²⁰ Para arribar a soluciones se ha recurrido por lo general a dos criterios expuestos en el Comentario al PA-I a los Convenios de Ginebra de 1949,²¹ más allá de su carácter no vinculante: la presencia de actos de guerra que por su naturaleza o finalidad pueden causar un daño real a personal o equipamiento enemigo, y una relación causal directa entre la actividad realizada y el daño al enemigo en tiempo y lugar donde se produce esa actividad.²² Hoy en día, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha complementado esta postura a través de tres requisitos acumulativos que se encuentran presentes en un estudio profundizado del tema, organizado en conjunto con el instituto de investigación T.M.C. Asser, y que incluyó la participación de casi cincuenta expertos durante cinco reuniones entre 2003 y 2008:²³ la superación de un umbral de daño; la causación directa entre la conducta y el daño que pueda generarse; y un nexo beligerante basado en un propósito del acto tendiente a superar el umbral de daño en apoyo a una parte del conflicto.²⁴

Este entendimiento unitario del concepto de participación en las hostilidades en DIH fue receptado por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*²⁵ y también en el marco del derecho internacional de los derechos humanos,²⁶ reconociéndose, en definitiva, que se trata de una noción definida normativamente por el derecho que rige los conflictos armados y que, en principio, debería ser interpretada conforme a los parámetros que ofrece este régimen especial del derecho internacional.²⁷

²⁰ Así, también se ha considerado en el ámbito académico que las soluciones dependen, en gran medida, de las particularidades del caso: DINSTEIN (2004: 27-28); SCHMITT (2010: 709). En principio esto no es algo negativo, ya que todo problema jurídico que se presente en la realidad tiene que ser resuelto teniendo en consideración a las circunstancias relevantes del caso. Sin embargo, esto no habilita a resolver de forma *ad hoc* y, por lo tanto, arbitraria los distintos supuestos bajo la excusa de que la solución debe basarse en un análisis “caso por caso”. Por el contrario, las soluciones brindadas a los problemas específicos deben admitir una generalización de las circunstancias jurídicamente relevantes, que permitan resolver de un mismo modo aquellos casos en los que se presente una plataforma fáctica asimilable. Así SANCINETTI (2001: 96). En un mismo sentido, GROVER (2014: 200).

²¹ SOLIS (2010: 203)

²² SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMAN (1987: 519, 619).

²³ El resultado final consistió en un documento a cargo del jurista Nils MELZER (2008), conocido como “Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario”, y que fue adoptado por la Asamblea General de la Cruz Roja el 26 de febrero de 2009

²⁴ MELZER (2008: 995-996).

²⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Pavle Strugar”, *Judgment*, IT-01-42-A, 17 de julio de 2008, párr. 173; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Jean-Paul Akayesu”, *Judgment*, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 629; “Fiscal c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda”, *Judgment*, ICTR-1993-3-T, 6 de diciembre de 1999, párr. 99-100; “Fiscal c. Alfred Musema”, *Judgment and sentence*, ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000, párr. 276-279; Sala de Primera Instancia III, “Fiscal c. Laurent Semanza”, *Judgment*, ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párr. 363-366.

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Third Report on the Human Rights situation in Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 de febrero de 1999.

²⁷ Se utiliza la terminología de regímenes especiales y no de regímenes autónomos (*self-contained regimes*), debido a que cuando se hace referencia a disciplinas como el “derecho internacional humanitario” o el “derecho internacional penal”, no se debe asumir que se trata de bloques totalmente aislados del derecho internacional general. Así, suele señalarse que la noción de *self-contained regimes* ha sido inadecuadamente interpretada como un argumento a favor de subsistemas legales enteramente autónomos, cuando resulta inconcebible que estos últimos puedan coexistir aislados del derecho internacional general en tanto necesariamente siempre habrá un cierto grado de interacción, al menos a nivel interpretativo (SIMMA y

2. La cuestión en la CPI

Los esfuerzos realizados en el marco del DIH para generar un concepto unitario de participación en las hostilidades, sin embargo, no han sido receptados por la CPI al momento de interpretar los siguientes crímenes de guerra:

-Artículo 8(2)(b)(xxvi): Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o *utilizarlos para participar activamente en las hostilidades* —énfasis agregado—.

-Artículo 8(2)(e)(vii): Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o *utilizarlos para participar activamente en las hostilidades* —énfasis agregado—. ²⁸

Esto se debe a que en los casos que se han presentado, los jueces efectuaron una distinción entre participación activa y directa, considerando la primera como inclusiva tanto de la participación directa —actividades realizadas en el frente de batalla—²⁹ como de la indirecta —otras actividades relacionadas, como exploración, espionaje, sabotaje, o el uso de niños como señuelos, mensajeros, guardaespaldas o en puntos de encuentro militares—. ³⁰ De ese modo, no estaríamos en presencia de sinónimos, al menos a primera vista, y para configurar la participación activa requerida por estos tipos penales bastaría con utilizar a niños menores de quince años para realizar una actividad indirecta de apoyo a las hostilidades.

A los fines de efectuar esta diferenciación, se ha considerado que la expresión “para participar activamente en las hostilidades”, por oposición a la locución “participación directa” que puede encontrarse en el PA-I, fue empleada con el claro propósito de ofrecer una interpretación amplia de las actividades y roles cubiertos por la infracción establecida en el ER. Incluso se menciona que en el artículo 4(3)(c) del PA-II no se incluye la palabra “directa”, dando por sentado que los términos participación directa y activa no fueron utilizados de modo indistinto por los redactores de ambos protocolos. ³¹ Según esta visión, entonces, no podrían considerarse los términos mencionados como sinónimos. ³²

El principal sustento formal de esta argumentación proviene de un pie de página incluido en uno de los trabajos preparatorios del ER, en el que se explicó que no sería necesaria una participación directa en las hostilidades para subsumir una conducta de

PULKOWSKI, 2006: 492). Por lo tanto, el término “regímenes autónomos” aparece como engañoso y debe ser dejado de lado. Así también COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006: 12, párr. 8).

²⁸ Puede observarse que estas reglas resultan casi idénticas en su redacción, quedando relegada la diferencia a la realización de las conductas en un contexto de conflicto armado de carácter internacional —artículo 8(2)(b)—, o bien no internacional —artículo 8(2)(e)—.

²⁹ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 627-628.

³⁰ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007, párr. 261-263; Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/07-717 0, 30 de septiembre de 2008, párr. 250.

³¹ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 627.

³² CPI, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 1043.

utilización de menores de quince años en el tipo penal del artículo 8(2)(e)(vii).³³ Allí se mencionó que los términos utilizados abarcan tanto la participación directa en combate como la participación en actividades relacionadas, por lo que los límites se encontrarían ya no en una *participación indirecta* —que formaría parte del concepto de participación activa y, entonces, la utilización de niños para realizar esta clase de tareas sería punible— sino en actividades claramente desvinculadas de las hostilidades —impunes—.³⁴ Esta interpretación resulta, al menos en principio, mucho más amplia que la concebida por el DIH, estableciéndose que la participación activa sería un equivalente a una participación en las hostilidades *per se*,³⁵ sin que sea necesario dar cumplimiento a los requisitos de la participación directa.

Si se parte de este entendimiento, para distinguir en el caso concreto si una acción puede ser considerada como una participación activa en las hostilidades, deberían darse dos elementos: el apoyo por parte del menor a un grupo armado y la superación de un test específico sobre el sometimiento del menor a un riesgo de cierta entidad. Esto último quiere decir que las actividades realizadas por los niños deben poseer la característica común de convertirlos, como mínimo, en un blanco potencial para el enemigo. El factor decisivo sería la determinación de si el apoyo brindado a quienes combaten expuso a los niños o niñas a ese riesgo real,³⁶ lo que no podría establecerse en abstracto, sino de acuerdo a las particularidades del caso.³⁷

Debe mencionarse, además, que las consideraciones realizadas en el marco de la CPI no resultan novedosas. Con anterioridad, el Tribunal Especial para Sierra Leona

³³ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 621, con cita a *Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*. UN doc. A/CONF.183/2Add.1, 14 de abril de 1998, página 21, pie de página 12: “Los términos ‘utilizar’ y ‘participar’ han sido adoptados para abarcar tanto la participación directa en combate como también la participación activa en actividades militares vinculadas con el combate, tales como la exploración, el espionaje, el sabotaje y la utilización de niños como señuelos, mensajeros o en puntos de encuentro militares. No abarcaría actividades claramente desvinculadas de las hostilidades, tales como la distribución de alimentos a una base aérea o la utilización de empleados domésticos en el alojamiento conyugal de un oficial. Sin embargo, la utilización de niños para una función de apoyo directa, como la actuación como portadores para llevar provisiones al frente de combate, o actividades en el frente de combate en sí mismo, estarían incluidas en la terminología” (la traducción es propia).

³⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007, párra 262; Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 622; Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 1044. Sobre el tema, véase: VITÉ (2014: 80/82). Crítico, y considerando que la Sala de Primera Instancia I fue demasiado ambigua al trazar ese límite, si es que lo trazó, LIEFLÄNDER (2012: 201-203).

³⁵ Cf. HAPPOLD (2009: 594).

³⁶ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 628; Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr. 1045. En un mismo sentido, y citado expresamente por la Corte: WESSELS (2006: 57). Esta comprobación de un peligro real es lo que convierte el crimen en uno de peligro concreto, como se señaló en el apartado 1 de este trabajo.

³⁷ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 628. Para una opinión contraria, que trata de dejar de lado el criterio del caso concreto por uno apriorístico, véase, en el mismo caso, el párrafo quince del voto separado y disidente de la jueza Elizabeth Odio Benito.

había expuesto una postura muy similar en distintos casos,³⁸ y estos antecedentes han sido reconocidos de modo expreso, por ejemplo, en la sentencia condenatoria contra Thomas Lubanga Dyilo, siendo utilizados como un argumento a favor de la disociación de la noción de participación en las hostilidades.³⁹ De todos modos, la jurisprudencia de otro tribunal internacional no resulta vinculante según las fuentes establecidas en el ER,⁴⁰ por lo que en definitiva, lo que interesa es saber si los argumentos utilizados para fundamentar esta conclusión son lo suficientemente sólidos como para permitir un apartamiento de lo establecido por el DIH.

3. Análisis crítico de la posición adoptada por la CPI

Lo primero que debe decirse sobre la posición adoptada por los magistrados de la CPI es que restringe en demasía el concepto de participación directa en las hostilidades al limitarlo a los actos que se realizan en el frente de combate. Por el contrario, el CICR ha considerado que otros ejemplos se encuentran abarcados por la noción, como el sabotaje, la interferencia electrónica mediante computadoras, e incluso el análisis y transmisión de inteligencia táctica a fuerzas atacantes.⁴¹ Y es que, más allá de los límites estrictos,⁴² se intentan englobar situaciones propias de los conflictos asimétricos actuales,⁴³ ofreciéndose un grado de flexibilidad suficiente como para no transformar en irrisoria su aplicación. Esto significa que muchas actividades que para la CPI serían de participación indirecta, en realidad podrían constituir contribuciones directas a las hostilidades según el DIH.

También resulta criticable el análisis que se realiza en torno a la utilización de los términos “participación directa” y “participación activa” en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos. Si bien es cierto que en el art. 4(3)(c) del PA-II no se hace referencia a una participación directa (“los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”), se deja de lado que en el 4(3)(d) sí se utiliza el término, a los fines de evitar una limitación de la protección de los menores (“la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si [...] han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados”).⁴⁴ A esto debe sumársele la utilización

³⁸ Véase: TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Sam Hinga Norman”, *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction*, SCSL-2004-14-AR 72(E), 31 de mayo de 2004, opinión disidente del juez Robertson, párr. 5; Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)”, *Judgment*, SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007, párrs. 736-737; Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Moinina Fofana and Allieu Fondewa (CDF case)”, *Judgment*, SCSL-04-14-T, 20 de junio de 2007, párr. 193; Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF case)”, *Judgment*, SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, párrs. 1710-1743. Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Especial de Sierra Leona en la materia, véase SIVAKUMARAN (2010). También TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Charles Taylor”, *Judgment*, SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, párr. 1604.

³⁹ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 624/625.

⁴⁰ A menos, claro está, que puedan resultar un indicador para, por ejemplo, la cristalización de principios de derecho internacional, en los términos del artículo 21(1)(b) u otra disposición de acuerdo al sistema de fuentes del ER. Sobre el tema, véase: NERLICH (2009); HOCHMAYR (2014).

⁴¹ MELZER (2008: 1017-1023).

⁴² WAGNER (2013: 171).

⁴³ SOLIS (2010: 205).

⁴⁴ Señala la importancia de este segmento del artículo también VITÉ (2014: 71).

indistinta que se propone en el seno del DIH y el hecho de que la versión francesa de los convenios reemplaza la expresión participación activa por participación directa, por lo que el argumento textual realizado por la CPI resulta, como mínimo, superficial.⁴⁵

No puede obviarse, por otro lado, que la Corte afirma que la participación activa abarca situaciones de participación indirecta amparándose en gran medida en un documento que forma parte de los trabajos preparatorios del ER. Se presenta así el problema de que estos instrumentos no figuran entre el derecho aplicable para la CPI. Es cierto que, a los fines de la interpretación, se podría recurrir a ellos en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT),⁴⁶ pero debería justificarse por qué resulta procedente su utilización, al tratarse de un medio interpretativo complementario, al que solo puede recurrirse excepcionalmente, según las propias reglas establecidas en los artículos 31 y 32 de la mencionada convención.⁴⁷ Además, uno podría preguntarse si el mismo ER, instrumento que la Corte deberá aplicar *en primer lugar* según el artículo 21(1)(a) de dicho tratado, no cuenta ya con una norma de interpretación apta para resolver el problema:⁴⁸ según el artículo 22(2), el intérprete está obligado a inclinarse por la concepción más favorable al acusado, otorgándole el beneficio de la duda, en casos de palabras ambiguas o equívocas que den lugar a una duda razonable respecto del término.⁴⁹

Por otro lado, la supuesta diferencia entre participación activa y participación directa se diluye si se repara en que el test utilizado para la determinación de cuándo se está en presencia de una actividad de apoyo indirecta —pero activa—, se presenta como una *petitio principii*, o falacia de argumentar en círculos.⁵⁰ Recuérdese que en la sentencia condenatoria del caso *Lubanga*, para determinar si un niño ha participado activamente en las hostilidades se afirma que debe comprobarse que el niño ha sido expuesto al riesgo real de ser considerado al menos como un blanco eventual por el grupo enemigo.⁵¹ El problema está en que el peligro se produce, en términos normativos, cuando el civil participa directamente en las hostilidades según el DIH,⁵² premisa que fue negada con

⁴⁵ JENKS (2013: 121).

⁴⁶ Esta ha sido la solución de la Sala de Apelaciones de la CPI en una de sus primeras decisiones: CPI, Sala de Apelaciones, “Situación en la República Democrática del Congo”, *Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber’s 31 March Decision Denying Leave to Appeal*, ICC-01/04-168, 13 de julio de 2006, párr 6.

⁴⁷ En particular, sólo podría recurrirse a los trabajos preparatorios para confirmar una interpretación realizada a través de los medios principales del art. 31 de la Convención (interpretación de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin), o cuando la interpretación resultante de la aplicación de dichos medios dejase ambiguo u oscuro el sentido, o condujese a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Sobre este problema, en profundidad, WAGNER (2013: 163). Con estos argumentos no se pretende negar la posibilidad de realizar una interpretación “histórica”, a partir de la voluntad de quienes redactaron el tratado. Simplemente se señala que la cuestión no es tan simple, en especial si se recurre a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y que el recurso a los trabajos preparatorios del ER requiere de una fundamentación adicional que no está presente en la sentencia.

⁴⁸ En ese sentido, SCHABAS (2009: 201-202); JACOBS (2014).

⁴⁹ Véase, KRESS (2010: 8).

⁵⁰ Sobre el tema, véase: WALTON (2008: 65).

⁵¹ CPI, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 628. Se trata de una versión del test propiciado por el Tribunal Especial para Sierra Leona, aunque con algunas modificaciones sutiles, pero relevantes. Para un análisis comparativo, véase: VITÉ (2014: 128-129).

⁵² En un mismo sentido: WAGNER (2013: 179); JENKS (2013: 121).

anterioridad, de modo explícito, por la Corte.⁵³ Por lo tanto, el test no ofrece una pauta para resolver la cuestión, sino que requiere la previa constatación de cuándo el menor ha realizado un acto que en términos objetivos pueda haberlo convertido en un blanco potencial —en lo esencial, ser dejado fuera de combate, en ciertos casos incluso a costa de su vida—. Y esto se comprueba, ni más ni menos, que a partir de la noción de participación directa desarrollada en el marco del derecho que regula los conflictos armados.

En cuanto a las razones sustantivas que permitirían amparar la interpretación de la CPI, debe decirse que el fin que parecería motivar a los jueces es la necesidad de abarcar del modo más extenso posible las presuntas conductas punibles realizadas contra los niños soldados. Se intentaría, entonces, ampliar la protección de las víctimas de estos hechos, a partir de la creación de una prohibición penal más amplia. Empero, sobre esta clase de interpretaciones extensivas del concepto de participación activa en las hostilidades debe decirse que lo que se da con una mano se quita con la otra,⁵⁴ porque el aumento de la punibilidad de la conducta reduce el resguardo del niño que se vio involucrado en el acto. Las razones ya fueron expuestas previamente: en tanto el DIH considera que la participación activa es sinónimo de la participación directa, la consecuencia de calificar la acción del niño como una de participación activa en las hostilidades es la pérdida de la protección mientras dura la actividad.⁵⁵ Así, si se afirma que un líder militar realizó una conducta punible al utilizar a un niño para participar activamente en las hostilidades, se está presuponiendo que durante el tiempo que duró tal utilización el niño podía ser legítimamente atacado (riesgo real de ser considerado un blanco por el enemigo). Por lo tanto, el resultado de la posición de la CPI no se limita a incrementar el espectro de actividades prohibidas por constituir una utilización no permitida del menor, sino que también transforma en “atacables” a los niños que las realizan.⁵⁶

Podría contraargumentarse que nada impide la coexistencia de una noción estricta de participación directa durante las hostilidades en el DIH, con una concepción de participación activa más amplia en el marco del derecho internacional penal, tendiente a reforzar la protección de los niños a través de los efectos intimidatorios de la

⁵³ Señala JENKS (2013: 121) que esto da lugar a una pregunta contradictoria y que la Corte llega como conclusión al oxímoron de que para determinar si una participación indirecta constituye una participación activa el intérprete deba preguntarse si esa participación indirecta constituye participación directa.

⁵⁴ SIVAKUMARAN (2010: 1019); URBAN (2012).

⁵⁵ MCBRIDE (2013: 197); WAGNER (2013: 203); URBAN (2012). No considera problemática esta cuestión HARWOOD (2014a), quien señala que los niños no pierden la protección durante las hostilidades, sino que se criminalizaría la prohibición de utilización, con independencia de si fueron considerados un blanco legítimo. Sin embargo, esta posición tiene el problema de basar la interpretación en la necesidad de “preservar el estatus de los niños como personas protegidas hasta que participan directamente en las hostilidades”: si ese es el objetivo, el límite de la protección tiene que estar dado por el concepto de participación directa, según el DIH. Por lo demás, la autora no considera problemático el problema de legalidad porque el imputado habría estado lo suficientemente avisado de esta posible interpretación en virtud de las normas amplias que protegen a los niños en el Protocolo Adicional II y en el derecho consuetudinario, y de la discusión que tuvo lugar en el proceso de redacción del ER. El problema de este enfoque es que adopta una posición demasiado restringida del artículo 22(2) ER, desconociendo que el principio de legalidad genérico debe ser complementado por la regla de la interpretación estricta ante dos interpretaciones razonables de una misma norma, como se verá más adelante. Tampoco ve un problema de legalidad, al menos en este aspecto, AMBOS (2010b: 115).

⁵⁶ JENKS (2013: 122).

pena.⁵⁷ Esta es justamente la esencia de la fragmentación del derecho internacional.⁵⁸ Pero esa consideración no tiene en cuenta que los crímenes de guerra son, por definición, violaciones graves a normas consuetudinarias o convencionales pertenecientes al DIH.⁵⁹ Sería incoherente, por lo tanto, considerar que la utilización de un menor resulta legítima durante el conflicto armado —porque no da lugar a una participación directa en las hostilidades y, por lo tanto, el niño no podría ser atacado— y luego aplicarle una pena al autor por considerar que la participación activa, pero no directa, del niño da lugar a un crimen de guerra. Y más allá de la falta de coherencia, esta situación produciría una violación al principio de culpabilidad en materia penal:⁶⁰ si al momento de realizar la conducta, el autor guió su comportamiento en base al respeto por el ordenamiento jurídico —DIH—, luego no se lo podría considerar culpable por algo que en definitiva no estaba prohibido y cuya ilicitud, lógicamente, no podía conocer.

Además, cuando un tipo penal contiene un elemento normativo de esta clase, se está realizando una remisión a la sección del ordenamiento jurídico que se encarga de definir el término.⁶¹ Sobre el tema, suele decirse que el derecho penal es accesorio en estos casos y que debe respetar la definición utilizada en la disciplina jurídica que corresponda.⁶² Y como ya se ha mencionado, la determinación del concepto de participación en las hostilidades corresponde al DIH, cuya infracción da lugar a un crimen de guerra de competencia de la Corte.⁶³ Estas consideraciones se ven reforzadas por el hecho de que los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados forman parte del derecho aplicable, en los términos del artículo 21(1)(b),⁶⁴ y que, al definir los elementos contextuales de los crímenes de guerra de reclutamiento y utilización, los redactores del ER han expresado que se trata de ilícitos dentro del “marco establecido de derecho internacional”.⁶⁵ Por lo tanto, el alcance del término responde a las nociones esbozadas en el marco de ese régimen especializado del derecho internacional y que ya fueron detalladas en este artículo.⁶⁶

⁵⁷ Probablemente así GRAF (2012: 963 ss.); WERLE y JESSBERGER (2014: 466).

⁵⁸ Para un mayor desarrollo de la noción de fragmentación en el marco del derecho internacional penal, véase: STAHN y VAN DEN HERIK (2012).

⁵⁹ AMBOS (2015: 310); CASSESE *et al* (2013: 65); WERLE y JESSBERGER (2014: 392)

⁶⁰ Este principio exige que el acusado debe haber tenido al menos la oportunidad de motivarse por la norma jurídica presuntamente infringida, por lo que debe ser responsable no sólo en sentido objetivo, sino también subjetivo. *Cf.* AMBOS (2013: 90).

⁶¹ AMBOS (2011: 107).

⁶² ROXIN (2006: 157).

⁶³ Señala HOCHMAYR (2014: 665) que las disposiciones accesorias dan lugar a un caso especial, ya que normas externas al ER —como en este caso las relativas al DIH—, y que en principio deberían estar subordinadas, pasan a aplicarse en un primer lugar y de forma obligatoria.

⁶⁴ Artículo 21(1)(b) ER: “La Corte aplicará: [...]”

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; [...]”

⁶⁵ Artículo 8(2)(b) ER: “Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...]”

Artículo 8(2)(e) ER: “Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...]”

⁶⁶ Véase *supra* apartado 1. En breve síntesis, para determinar si cierto acto da lugar a una participación directa/activa en las hostilidades, debería comprobarse que la conducta ha superado un determinado

4. Una propuesta de solución a partir del art. 22(2) del ER (*nullum crimen sine lege stricta*)

Los argumentos señalados ya serían suficientes para afirmar que la interpretación ofrecida por la CPI resulta irrazonable y que, por lo tanto, debe ser dejada de lado. Empero, si se la aceptase como plausible, a los fines de la argumentación, todavía quedaría pendiente el ya señalado problema de fragmentación, en tanto se observa una divergencia en torno a los alcances del concepto de participación activa en las hostilidades entre dos regímenes especializados del derecho internacional, que podría dar lugar a que una conducta esté permitida y prohibida al mismo tiempo. No obstante, antes de afirmar de modo definitivo la existencia de una colisión entre distintas normas, debe aclararse qué se entiende justamente por conflicto normativo. Esa noción se construirá de modo amplio, mencionándose que un conflicto entre dos o más normas existe si el cumplimiento de una de ellas constituye, ha constituido, o podría constituir una violación de la otra.⁶⁷ Supóngase, por ejemplo, que un líder militar, ante la ausencia de personal, *debe* utilizar a un niño menor de quince años para una actividad de participación *indirecta* en las hostilidades, más precisamente el transporte de alimentos desde una base militar hasta el frente de combate, a los fines de alimentar a las tropas que intentan repeler las agresiones de un grupo decidido a tomar control de un pueblo y realizar una limpieza étnica. Pero al mismo tiempo, sabe que está prohibido por el derecho internacional penal utilizar a niños menores de quince años, por lo que la misma situación fáctica lo *obligaría a utilizar* a los niños y a *no utilizarlos*, simultáneamente.

El conflicto normativo, entonces, aparece como evidente. De todos modos, este primer acercamiento necesita de una precisión adicional, que consiste en distinguir entre un verdadero conflicto normativo y uno aparente. Este último se produce cuando el contenido de las distintas normas aparece como contradictorio a primera vista, pero que aun así el conflicto puede ser evitado, por lo general a través de métodos interpretativos.⁶⁸ Sólo cuando las llamadas “técnicas de evitación” fallan, entre las que se encuentra la interpretación de un tratado, aparecen excepcionalmente los verdaderos conflictos.⁶⁹

La pregunta clave, al menos en el marco del presente objeto de estudio, pasa a estar centrada en cómo deben ser interpretados los tipos penales en el ER. Sobre este tema, ya se ha mencionado que según el artículo 22(2) debe recurrirse al llamado principio de legalidad (o *nullum crimen sine lege*), y que requiere de la existencia de una norma a partir de la que pueda derivarse la criminalidad de un acto.⁷⁰ Este principio cuenta, básicamente, con una doble justificación. Una de ellas es el llamado argumento de división de poderes, ya que una regla previa emanada de un acto legislativo resulta necesaria como límite al poder estatal y como medio para legitimar las restricciones a derechos a través de la soberanía popular.⁷¹ Esta razón de ser es particularmente

umbral de daño, que ha existido una causación directa entre la conducta y el daño y que se ha producido un nexo beligerante, según los parámetros ofrecidos por el CICR. Así WASCHEFORT (2014: 68).

⁶⁷ MILANOVIC (2011: 102).

⁶⁸ MILANOVIC (2011: 102).

⁶⁹ PAUWELYN (2003: 237).

⁷⁰ WERLE y JESBERGER (2014: 39); SATZGER (2012: 220).

⁷¹ ROXIN (2006: 146).

complicada de trasladar al derecho internacional penal, por la ausencia de un parlamento global.⁷²

Aparece entonces más apropiada en este contexto la segunda justificación, basada en la necesidad de garantizarles a los acusados una advertencia previa (*fair warning*): que los individuos puedan prever razonablemente cuáles serán las consecuencias que se podrían derivar de sus actos.⁷³ En ese sentido, se presenta una relación cercana entre legalidad y culpabilidad, porque una acción sólo puede ser reprochada si el agente conocía, o al menos podía conocer, que la conducta estaba prohibida, lo que exige la posibilidad de realizar una determinación *ex ante* del carácter ilegítimo del comportamiento.⁷⁴ Este argumento, que supone la existencia de agentes morales con dignidad que puedan ser motivados por normas,⁷⁵ también puede ser formulado desde un punto de vista consecuencialista, debido a que los efectos disuasorios de una disposición penal no podrían ser alcanzados sin una determinación precisa de la conducta prohibida con anterioridad a la comisión del acto potencialmente delictual.⁷⁶ Si bien la discusión sobre los fundamentos del principio de legalidad todavía no está cerrada,⁷⁷ parecería que esta justificación moral explica por qué este principio debe ser respetado en el marco de un derecho internacional penal que busca convertirse en un régimen especial legítimo.⁷⁸

En definitiva, el *nullum crimen sine lege* podría definirse como aquel principio que establece que un acto sólo puede ser penado si, al momento de su comisión, era el objeto de una disposición penal válida, lo suficientemente precisa, respecto de la cual pueda derivarse una sanción con razonable certeza.⁷⁹ Una de las consecuencias de este principio es el requisito conocido como *lex stricta*, que impide a los jueces de la CPI recurrir a la analogía al momento de interpretar y aplicar las previsiones del ER y de los Elementos de los Crímenes.⁸⁰ Esta restricción hoy en día se da por sentada en el derecho interno, tanto en sistemas jurídicos derivados de la tradición romano-germánica como del *common law*, al menos en líneas generales,⁸¹ y tiende a la protección de la confianza y la previsibilidad.⁸²

⁷² A pesar de ello, se ha mencionado que mantiene cierta importancia en el sistema particular creado por el ER, debido a que los Estados parte podrían ser considerados como la legislatura encargada de tipificar crímenes internacionales. Así GALLANT (2013: 343). De todos modos, esta argumentación, que busca un paralelismo entre la división de poderes característica del derecho interno y la organización institucional de la comunidad internacional, requeriría de una investigación autónoma, que excede los límites de este trabajo.

⁷³ GRABENWARTER (2014: 174)

⁷⁴ ROXIN (2006: 148).

⁷⁵ Es por ello que ROBINSON considera que si el derecho internacional penal desea convertirse en un sistema jurídico justo, debe tratar a los acusados como agentes morales con dignidad, siendo el principio de legalidad uno de los principios básicos para lograr ese fin. Véase, ROBINSON (2013: 133-135).

⁷⁶ ROXIN (2006: 147); BROOMHALL (2008: 716).

⁷⁷ Sobre los distintos fundamentos en el marco del derecho internacional penal GALLANT (2009: 19 ss.); GROVER (2014: 137 ss.); VAN SCHAACK (2008). Para un panorama de la discusión de derecho interno GRECO (2015: 184 ss.).

⁷⁸ Cf. AMBOS (2013: 88).

⁷⁹ Coincide con esta definición, en lo esencial: KRESS (2010: 1).

⁸⁰ AMBOS (2013: 90).

⁸¹ BROOMHALL (2008: 724). Por supuesto que en los sistemas derivados del *common law* la cuestión no es tan sencilla, debido a la posibilidad histórica de creación judicial del derecho justamente a través de analogía. Esta cuestión no puede ser abordada en el presente trabajo, por lo que basta decir que las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica y aquellos de tradición anglosajona son cada vez menores, debido a que en estas últimas jurisdicciones los llamados “common law

Podría decirse, entonces, que en torno al concepto de participación activa en las hostilidades se produce situación de incertidumbre terminológica ya que se está en presencia de dos interpretaciones posibles del concepto de participación activa en las hostilidades: una que la considera como sinónimo de la directa y otra que integra a la participación indirecta también dentro del concepto de participación activa. Ambas son consistentes con la prohibición de analogía, en virtud de que se ha respetado el tenor literal de los artículos en cuestión, sin que pueda hablarse de una contradicción con el texto de la prescripción.⁸³ Ante esta situación, se requiere una regla para poder salir de esta encrucijada. Afortunadamente, y al menos en el marco del sistema de la CPI, la solución viene dada por el llamado principio de *interpretación estricta*. Y es que los redactores del ER no se conformaron con la prohibición de analogía, sino que decidieron dar un paso más al incluir la regla hermenéutica de interpretación más favorable al imputado en caso de duda en el artículo 22(2),⁸⁴ incluso por encima de los estándares que pueden encontrarse en muchas legislaciones nacionales.⁸⁵ Esto da lugar a que, si todavía hay oscuridad en un concepto tras la realización de una interpretación, en última instancia debe prevalecer aquel entendimiento que favorezca a quien se encuentra sometido a proceso.⁸⁶ La razón es sencilla y viene dada por el fundamento más relevante del *nullum crimen*: ante una situación de dos interpretaciones contrapuestas, puede afirmarse que el imputado careció de una advertencia previa sobre la criminalidad de la conducta al momento de comisión del hecho y que, por lo tanto, una condena por ese acto no lo tomaría en serio como agente moral capaz de motivarse por las normas jurídicas. Por otro lado, si realmente se quiere proteger a los niños por medio de los efectos intimidatorios del derecho penal, es necesario brindar interpretaciones claras y no contradictorias de las prescripciones penales, que en el caso concreto permitan la motivación de los eventuales autores *en favor* del Derecho y *en contra* de la comisión del crimen. Así, al ser el concepto unitario de participación en las hostilidades el que

crimes” han sido básicamente abolidos y la tipificación de las conductas ha pasado a regirse por leyes. Para un análisis comparativo de esta cuestión, véase: CHIESA (2014).

⁸² ROXIN (2006: 146).

⁸³ Los límites entre analogía e interpretación, de todos modos, distan de estar claros. Basta mencionar que, en principio, resulta imposible exceder el marco impuesto por la redacción de los crímenes y el sentido ordinario de las palabras. Véase KRESS (2010: 7); KURTH (2013: 442); HOCHMAYR (2014: 663).

⁸⁴ VAN SCHAACK (2008: 189). En ese sentido, el clásico principio procesal de *in dubio pro reo*, adquiere un aspecto sustantivo en el marco de la CPI. Cf. SATZGER (2012: 221). Respecto del estado actual de la discusión sobre el principio de legalidad y la interpretación de los crímenes en el derecho internacional penal general y no sólo en el marco del sistema de la CPI, véase OLÁSULO (2014). De más está decir que esta regla de interpretación favorable al reo puede resultar problemática. Así, podría argumentarse que algunas interpretaciones estrictas resultan decididamente injustas y que un concepto más flexible del principio de legalidad permitiría una mejor evolución del derecho positivo. Sobre este tema, no pueden realizarse mayores aclaraciones, sino simplemente aclarar que *de lege lata* se impone esta clase de solución, al menos en el marco del ER.

⁸⁵ Como señala FERRANTE (2011: 18), en el derecho comparado básicamente hay dos posturas contrapuestas en lo que se refiere al requisito de *lex stricta*. Según la primera postura, este requisito se permite una construcción “extensiva” de los conceptos y sólo estarían prohibidas las interpretaciones analógicas, lo que da lugar a que pueda ser aplicada la ley a un caso que si bien no puede subsumirse de modo claro en la regla legal, debe ser extenderse el alcance de la norma según criterios normativos. De acuerdo con el segundo entendimiento del requisito de *lex stricta*, un tribunal no deber considerar punible un acto en caso de que el lenguaje de la regla que define una conducta criminal dé lugar a dudas respecto de la incorrección de dicha conducta. Este entendimiento del *nullum crimen sine lege*, mucho más fuerte, es el que han adoptado los redactores del ER.

⁸⁶ Así BROOMHALL (2008: 726); GROVER (2014: 206).

restringe en mayor medida la punibilidad de la conducta, debe entenderse la participación activa como participación directa incluso en el caso de que se consideren razonables los argumentos de quienes proponen una separación de ambos términos. Puede afirmarse, entonces, que en este contexto la aplicación del principio de legalidad obliga a solucionar el aparente conflicto de normas a partir de una *interpretación restrictiva* y de ese modo evitar uno de los problemas que genera la fragmentación del derecho internacional.

5. Reflexiones finales

La interpretación aquí propuesta se caracteriza esencialmente por respetar el principio de legalidad penal, tal como es entendido en el marco del ER, por basarse en el sentido ordinario de los términos,⁸⁷ y por armonizar las normas del derecho internacional penal con las disposiciones que pueden encontrarse en el régimen que regula los conflictos armados. De ese modo, se evitan los riesgos que puede generar un concepto dual de participación activa en las hostilidades, tanto para el acusado como para las víctimas. Como contraargumento podría decirse que se pierden parcelas de imputación, porque ciertos actos no estarían abarcados por la interpretación aquí propuesta, y eso conduciría a una insostenible situación de impunidad. Más allá de que esta clase de argumentación teleológica orientada a las víctimas debe rechazarse por razones que exceden este trabajo,⁸⁸ debe hacerse una aclaración. Ya se ha mencionado que el concepto de participación directa resulta lo suficientemente flexible como para incluir acciones que van más allá del mero apoyo en el frente de combate. Será cuestión de determinar si, ante una situación de hecho, las conductas realizadas por los niños cuentan con entidad suficiente como para ser consideradas una participación directa.⁸⁹ En ese sentido, la utilización de niños en determinadas situaciones quedará impune, pero esa no será necesariamente la regla.⁹⁰ Por las razones expuestas, queda demostrado que resulta innecesaria una ampliación del concepto de participación en las hostilidades

⁸⁷ Señala MELZER (2014: 323) que, al no haber una definición expresa de la noción de participación directa en las hostilidades, resulta importante que el significado de la noción se clarifique (siguiendo las reglas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) de buena fe y de acuerdo al sentido ordinario del término en su contexto, y a la luz del objeto y fin de la misma noción según el DIH. El mencionado sentido ordinario del término, a la luz del ordenamiento jurídico que regula los conflictos armados, como se vio, es el de considerar la participación activa y la participación directa como sinónimos. Cf. WAGNER (2013: 165).

⁸⁸ En profundidad, por todos, GROVER (2014: 199).

⁸⁹ Incluso los defensores de una noción dual de participación en las hostilidades, en contraposición a lo aquí sostenido, consideran que ciertas conductas, como las realizadas por niños que realizan actividades domésticas para miembros de un grupo armado, no podrían ser subsumidas siquiera en el concepto de participación indirecta. Así, por todos, AMBOS (2010b: 115); PALOMO SUÁREZ (2009: 167 ss.). También CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007, párr. 262; Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012, párr. 575, 621, 623.

⁹⁰ Asimismo, debe tenerse en cuenta que los crímenes de *alistamiento* y *reclutamiento* de niños menores de quince años, al tratarse de delitos de peligro abstracto, incluyen todas las actividades que tienen lugar desde el momento en el que el niño pasó a formar parte del grupo armado hasta que dejó de integrarlo o cumplió quince años. Bastaría, entonces, con centrar el análisis en estos dos tipos penales y no en el de utilización de menores. Esto ha llevado a que diversos autores consideren que el reclutamiento de niños y niñas en fuerzas armadas o grupos armados, con fines de explotación sexual, en efecto daría lugar al crimen de guerra de reclutamiento. Cf. DRUMBL (2014: 104); TAN (2014: 146).

con el fin de evitar la impunidad y que el miedo de que se produzcan lagunas de punibilidad es infundado.

Por lo demás, la separación entre participación directa y activa en las hostilidades no hace más que alejar el derecho internacional penal del DIH, a pesar de que sus disposiciones deben ser aplicadas, en tanto elementos normativos que componen las definiciones de los crímenes de guerra codificados en el ER. Asimismo, la interpretación de la CPI, como se ha visto, ha sido realizada a partir de argumentos que no resultan ser lo suficientemente sólidos y no superan el test de adecuación a una interpretación restrictiva de los crímenes, establecido en artículo 22(2) del ER.

De todo lo señalado, quizá lo más paradójico sea el hecho de que la extensión de un concepto propio del DIH,⁹¹ para aumentar la punibilidad de una conducta en un juicio posterior, genera una mayor desprotección para los niños durante el conflicto armado. En estos contextos, los menores que participan de modo indirecto en las hostilidades —aunque quizá activamente según la concepción de la Corte—, no se ven sometidos a peligros en sentido normativo, por el hecho de que siguen estando protegidos por el DIH y no pueden ser atacados. Pero si se considera la participación directa como activa, se corre el riesgo de flexibilizar una noción estricta, tendiente a la protección de los civiles, y bajar la protección de personas que no merecen perderla.⁹² La mejor solución a este inconveniente estaría dada por un concepto unitario de participación en las hostilidades, que parta de la consideración de los términos “directa” y “activa” como sinónimos, de acuerdo al sentido ordinario de las palabras, respetándose a su vez el principio de legalidad. De ese modo, se produciría una necesaria armonización entre las disposiciones del DIH y las del derecho internacional penal, y pasarían a un segundo plano las consecuencias perjudiciales que puede llegar a generar un derecho internacional fragmentado.

6. *Postscriptum*

Este *postscriptum* aborda un importante desarrollo que se produjo desde la finalización de la parte sustantiva de este trabajo en septiembre de 2014 hasta diciembre de 2015. Se trata, ni más ni menos, que de la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Lubanga*, que el día 1 de diciembre de 2014 confirmó la condena impuesta previamente por la Sala de Primera Instancia I.⁹³ Este fallo resulta relevante para la presente investigación porque la defensa técnica del señor Lubanga planteó un agravio contra los fundamentos jurídicos de la decisión adoptada por la Sala de Primera Instancia I, en el que cuestionó la diferenciación que realizaron los jueces entre participación activa y participación directa con argumentos similares a los expuestos en este trabajo. Alegó puntualmente que la postura de los jueces ignoró el derecho aplicable de la CPI, en particular, los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados según el artículo 21(2)(b) del ER, y violó el principio de legalidad, tal como ese encuentra establecido en el artículo 22(2) del ER. Sobre el tema, debe decirse que la Sala de Apelaciones reconoció que en el contexto del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra los términos participación activa y participación

⁹¹ GRAF (2012: 960).

⁹² Cf. MCBRIDE (2013: 202); TAN (2014: 132); VITÉ (2014: 78).

⁹³ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014.

directa se utilizan de modo intercambiable.⁹⁴ Sin embargo, afirmó que el fin de la regla del artículo 8(2)(e)(vii) del ER difiere del fin del artículo 3 común: ya no se trataría de una manifestación del principio de distinción que permite establecer cuándo un civil pierde su protección, sino de una norma que busca evitar que se utilice a los menores para participar en las hostilidades y el riesgo concomitante para sus vidas y bienestar.⁹⁵ Lo señalado avalaría, entonces, una interpretación amplia de participación activa en las hostilidades, distinta a la que suele utilizarse en el marco del DIH para determinar cuándo un civil pierde su protección.

Puede observarse que esta argumentación parte de considerar que es indiferente que al niño se lo utilice para participar directa o indirectamente en las hostilidades, en tanto ambas conductas estarían prohibidas por el DIH. Empero, el problema está en que el principio de distinción entre combatientes y civiles también es aplicable en estos casos y un niño que participa directamente en las hostilidades sufre —tanto normativa como fácticamente— un riesgo mayor de ser atacado que un niño que participa solo indirectamente. Supóngase que un niño es utilizado para atacar al enemigo en un combate armado —caso clásico de participación directa—. Durante ese momento, los integrantes del grupo (o fuerza armada) contrario podrán atacarlo y, de ser necesario para que quede fuera de combate, incluso quitarle la vida. En cambio, si el niño es utilizado solamente de modo indirecto —por ejemplo, como guardaespaldas de un jefe militar que no se encuentra en el frente de combate—, en principio no podría ser atacado —debería entrar, así, en los cálculos de proporcionalidad a los fines de minimizar los daños a la población civil—. Si aun así es atacado deliberadamente, eso ya no será responsabilidad de quien lo utilizó de modo indirecto, sino también responsabilidad de quien lo atacó. En otras palabras, la incorrección de la conducta en el caso de participación directa es muy superior al supuesto de participación indirecta. Por lo tanto, la distinción entre participación directa e indirecta en las hostilidades también resulta relevante en este ámbito y esa diferencia debería estar reflejada en el tipo penal.⁹⁶

Más allá de esta cuestión, la Sala de Apelaciones se aparta del test utilizado por la SPI para determinar si una actividad da lugar a una participación activa en las hostilidades y que estaba basado en la exposición del niño al peligro real de ser considerado un blanco potencial por el enemigo.⁹⁷ Sobre la cuestión, los jueces mencionaron que una interpretación llana y contextualizada de las disposiciones relevantes permite concluir que lo que se requiere es un *nexo entre la actividad y las hostilidades*. Si bien el riesgo sufrido por el niño puede ser un indicador de una relación lo suficientemente cercana entre su conducta y las hostilidades, el análisis del riesgo no

⁹⁴ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 323.

⁹⁵ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 324. Coincidentes, ZIMMERMAN y GEIR (2016: 564).

⁹⁶ A su vez, sigue presente el peligro de que esta definición amplia de “participación activa” se aplique también en el contexto del DIH, para reducir la protección de los civiles que participan directamente en las hostilidades, en tanto los adjetivos “directa” y “activa” suelen usarse como sinónimos. Este riesgo es reconocido por ZIMMERMAN y GEIR (2016: 565), quienes consideran que una interpretación así no puede sostenerse, debido a que sería contraria a la regla general según la cual los civiles están protegidos de ataques directos. Si bien podría sostenerse teóricamente esta diferenciación, lo cierto es que el riesgo de que se confundan las nociones sigue estando presente.

⁹⁷ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 332.

puede reemplazar el análisis de la relación en sí misma.⁹⁸ Respecto de este tema, en principio, no pueden realizarse mayores objeciones.⁹⁹ Como ya se mencionó en este artículo, para determinar si una actividad puede dar lugar a una participación activa/directa, el concepto de riesgo parte de un argumento circular que no ofrece parámetros autónomos para resolver la cuestión. El inconveniente está en que la Sala de Apelaciones no adopta el test tripartito propuesto por el CIRC —umbral de daño, causación directa y nexos beligerante—,¹⁰⁰ sino que deja el análisis librado a determinaciones basadas en el caso concreto,¹⁰¹ y sólo considera como indicador a una lista de actividades mencionadas un pie de página de uno de los trabajos preparatorios del ER (el mismo que cita la SPI),¹⁰² y también de ciertas conductas que también se describen en el comentario del CICR al PA-I.¹⁰³ Solamente dos cosas se dirán respecto de este tema. En primer lugar, que los jueces le otorgan un papel demasiado importante a estas fuentes secundarias, no sólo en virtud de que esos documentos no pueden ser subsumidos automáticamente en el artículo 21 del ER, sino también porque se prescinde de otras fuentes de igual jerarquía. En particular, se desconoce que la posición actual del CICR en materia de participación en las hostilidades tiene en cuenta en gran medida a los comentarios a los Protocolos Adicionales realizados por la misma organización,¹⁰⁴ sin que pueda hablarse de un cambio de posición. En segundo lugar, que se haya prescindido de ofrecer un criterio general para dejar librada la solución a las vicisitudes del caso concreto permite sospechar que en realidad se está dando una arbitraria solución *ad hoc*, que carece de criterios racionales generalizables para casos de similares características. Sin perjuicio de que el núcleo de la participación activa sea el

⁹⁸ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 333.

⁹⁹ Se comparte, en ese sentido, la apreciación de HARWOOD (2014b), en tanto un nexo con el combate refleja mejor la literalidad de la regla y se ajusta de un modo más claro a un principio de legalidad basado en la necesidad de ofrecerle una advertencia previa a los potenciales acusados.

¹⁰⁰ En contra, HARWOOD (2014b), quien considera que debe acreditarse solamente un nexo (geográfico, temporal o causal, según la posición que se adopte), pero descarta el enfoque tripartito del CICR en tanto, según su criterio, no sería necesaria una pérdida de protección en los niños para que se consuma este tipo penal.

¹⁰¹ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 335.

¹⁰² Se hace referencia al célebre pie de página 12 de la página 21 del *Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court* (UN doc. A/CONF.183/2Add.1, 14 de abril de 1998). Como ya se señaló, desde la perspectiva aquí sostenida, en este pie de página hay una confusión conceptual, en tanto se asimilan el concepto de participación directa en las hostilidades al de participación en el frente de combate, cuando los criterios sostenidos en general en el DIH son más amplios y flexibles. Puede que toda esta polémica en torno a los conceptos de participación directa y activa en las hostilidades se deba, entonces, a un problema terminológico que “empantanó” la discusión.

¹⁰³ CPI, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014, párr. 334, que remite al siguiente párrafo de SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMAN (1987: 1380): “El principio de no reclutamiento también prohíbe la aceptación de quienes se alistan voluntariamente. No sólo un niño no puede ser reclutado, o alistado por propia voluntad, sino que además a él no se le ‘permitirá participar en las hostilidades’, esto es, participar en operaciones militares como la recolección de información, la transmisión de órdenes, el transporte de municiones y alimentos, o la realización de actos de sabotaje” (la traducción es propia).

¹⁰⁴ Recuérdesse lo señalado por SOLIS (2010: 203), en cuanto a que la ausencia de criterios claros llevó a la doctrina a centrarse en los comentarios a los Protocolos Adicionales y, eventualmente, a la realización del estudio encabezado por el CICR.

nexo entre la conducta y las hostilidades, no se ha ofrecido ningún elemento claro para determinar cuándo se produce tal nexo.¹⁰⁵ Y es que ese nexo está dado justamente, según los estándares del DIH, por el análisis tripartito que permite definir cuándo se está en presencia de una participación directa en las hostilidades, a pesar de que esta conclusión no quiera ser reconocida de modo expreso.

Por último, debe decirse que la Sala de Apelaciones ni siquiera hizo una mención al problema de legalidad que se produce al adoptar una posición amplia y *contra reo* para resolver un problema interpretativo en el que se presentan dos posturas razonables contrapuestas, a pesar de que este era justamente uno de los agravios de la defensa. Eso demuestra que el *nullum crimen sine lege*, y en particular la regla de interpretación restrictiva en caso de duda, todavía no es tomado en serio en el marco de la CPI. Sólo resta esperar que eso se modifique en futuros casos.

Bibliografía

Instrumentos Internacionales

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, UN Doc. A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

Jurisprudencia

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Situación en la República Democrática del Congo”, *Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March Decision Denying Leave to Appeal*, ICC-01/04-168, 13 de julio de 2006.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, ICC-01/04-01/06-3121-Red, 1 de diciembre de 2014

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Decision on the Confirmation of Charges*, “Decision on the Confirmation of Charges”, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Fiscal c. German Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, *Decision on the Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/07-717 0, 30 de septiembre de 2008.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo”, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de marzo de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Mathieu Ngudjolo Chui”, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, ICC-01/04-02/12-3-tENG, 12 de diciembre de 2012.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Germain Katanga”, *Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014.

¹⁰⁵ Crítica en este sentido también HARWOOD (2014b), aunque probablemente con el fin de aumentar el criterio de participación activa en las hostilidades de un modo incompatible con la posición aquí sostenida.

- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Sam Hinga Norman”, *Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de mayo de 2004.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Moinina Fofana and Allieu Fondewa (CDF case)”, *Judgment*, SCSL-04-14-T, 20 de junio de 2007.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF case)”, *Judgment*, SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Brima, Kamara and Kanu (AFRC case)”, *Judgment*, SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Primera Instancia II, “Fiscal c. Charles Taylor”, *Judgment*, SCSL-03-01-T, 18 de mayo de 2012, párr. 1604.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, “Fiscal c. Pavle Strugar”, *Judgment*, IT-01-42-A, 17 de julio de 2008.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Jean-Paul Akayesu”, *Judgment*, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda”, *Judgment*, ICTR-1993-3-T, 6 de diciembre de 1999.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Primera Instancia I, “Fiscal c. Alfred Musema”, *Judgment and sentence*, ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Primera Instancia III, “Fiscal c. Laurent Semanza”, *Judgment*, ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003.

Otros documentos

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 55/97, Abella c. Argentina, 18 de noviembre de 1997.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Third Report on the Human Rights situation in Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.102, 26 de febrero de 1999.

Bibliografía crítica

- ÁLVAREZ, E. (2015 [2012]) “La invisibilidad de la violencia sexual en el caso Thomas Lubanga Dyilo”, en BUIS, E. y GIOSA, L. (eds), *Las normas de la guerra. Perspectivas jurídicas sobre el fenómeno bélico*, Azul: Facultad de Derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 385-396.
- AMBOS, K. (2010b) *Fälle zum internationalen Strafrecht: Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht - Europäisches Strafrecht*, Múnich: C.H. Beck.
- AMBOS, K. (2011) *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- AMBOS, K. (2013) *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: University Press.
- AMBOS, K. (2015) *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 4^o edition, Múnich: C.H. Beck.
- ASHWORTH, A. y HORDER, J. (2013), *Principles of Criminal Law*, 7^o edition, Oxford: University Press.

- BOUVIER, A., SASSÒLI, M. y QUINTIN, A. (2011) *How Does Law Protect in War? 3rd edition*, Ginebra: ICRC.
- BROOMHALL, B. (2008) “Nullum crimen sine lege”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court -Observers’ Notes, Article by Article-*, 2^o Edition, Munich/Oxford/Baden-Baden: C.H.Beck/Hart/Nomos, 713-729.
- CASSESE, A. *et al* (2013) *Cassese’s International Criminal Law*, 3^o Edition, Oxford: University Press.
- CHIESA, L. (2015) “Comparative Criminal Law”, en DUBBER, M. y HÖRNLE, T. (eds.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: University Press, 1089-1114.
- DINSTEIN, Y. (2004) *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: University Press.
- DOSWALD-BECK, L. y HENCKAERTS, J. (2007 [2005]) *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, Ginebra: CICR, 2007.
- DRUMBL, M. (2011) *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, New York: Oxford University Press.
- DRUMBL, M. (2014) “The Effects of the *Lubanga* Case on Understanding and Preventing Child Soldering”, en GILL, T. D. *et al* (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012, La Haya: T.M.C. Asser Press/Springer/Cambridge University Press, 87-116.
- FERRANTE, M. (2011) “Argentina”, en DUBBER, M. y HELLER, K. (ed.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Standford: University Press, 12-48.
- GALLANT, K. (2009) *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge: University Press.
- GALLANT, K. (2013) “La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas”, en MONTIEL, J. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Buenos Aires: Marcial Pons, 315-354.
- GIOSA, L. (2015 [2012]) “La invisibilidad de la violencia sexual en el caso Thomas Lubanga Dyilo”, en BUIS, E. y GIOSA, L. (eds), *Las normas de la guerra. Perspectivas jurídicas sobre el fenómeno bélico*, Azul: Facultad de Derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 397-409.
- GRABENWARTER, C. (2014) *European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: University Press.
- GRAF, R. (2012) “The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the *Lubanga* Judgment”, *Journal of International Criminal Justice*, 10, 945-969.
- GRECO, L. (2015) *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Furbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons.
- GREY, R. (2014) *Emerging Voices: Sexual Violence As War Crime: Controversial Issues in the International Criminal Court*, texto disponible en <<http://opiniojuris.org/2014/07/28/emerging-voices-sexual-violence-war-crime-controversial-issues-international-criminal-court>> (última consulta: 17 de noviembre de 2015).
- GROVER, L. (2014) *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge: University Press.
- HAPPOLD, M. (2009) “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court”, en DORIA, J., GASSER, H. y BASSIOUNI, M. C. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- HARWOOD, C. (2014a) *Guest Post: A Matter of Distinction: ‘active’ and ‘direct’ participation in hostilities and the war crime of using child soldiers*, consultado en <<http://dovjacobs.com/2014/07/14/guest-post-a-matter-of-distinction-active-and->

- direct-participation-in-hostilities-and-the-war-crime-of-using-child-soldiers> (última consulta: 18 de noviembre de 2015).
- HARWOOD, C. (2014b) *Guest Post: A Matter of Distinction Part II: participation of children in hostilities following the Lubanga Appeal Judgment*, texto disponible en <<http://dovjacobs.com/2014/12/19/guest-post-a-matter-of-distinction-part-ii-participation-of-children-in-hostilities-following-the-lubanga-appeal-judgment>> (última consulta: 18 de noviembre de 2015).
- HOCHMAYR, G. (2014) “Applicable Law in Practice and Theory”, *Journal of International Criminal Justice*, 12, 655-679.
- JACOBS, D. (2014), ‘Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories’ en D’ASPREMONT, J. y KAMMERHOFER, J. (eds.), *International Legal Positivism World*, Cambridge: University Press, 451-474.
- KONGE, P. (2010) “International crimes & child soldiers”, *Southwestern Journal of International Law*, 16(1), 41-74.
- KRESS, C. (2010) “Nulla poena nullum crimen sine lege”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, febrero 2010, 1-10, texto disponible en: <<http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>> (última consulta: 1 de octubre de 2014).
- KURTH, M. (2013) “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity”, *Göttingen Journal of International Law*, 5(2), 431-453.
- LIEFLÄNDER, T. (2012) “The Lubanga Judgment of the ICC: More than Just the First Step?”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1(1), 191-212.
- MCBRIDE, J. (2013) *The War Crime of Child Soldier Recruitment*, La Haya: T.M.C. Asser Press/Spinger.
- MELZER, N. (2008) “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, 872, 991-1047.
- MELZER, N. (2014) “The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants”, en GAETA, P. y CLAPHAM, A. (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford: University Press, 296-331.
- MILANOVIĆ, M. (2011) “Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law”, en BEN-NAFTALI, O. (ed.) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford: University Press, 95-125.
- NERLICH, V. (2009) “The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC”, en STAHN, C. y SLUITER, G. (eds.) *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden: Brill/Nijhoff, 305-326.
- OLÁSULO, H. (2014) “El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario de Derecho Internacional Penal*, 2, 18-42.
- PALOMO SUÁREZ, G. (2009) *Kindersoldaten und Völkerstrafrecht: Die Strafbarkeit der Rekrutierung und Verwendung von Kindersoldaten nach Völkerrecht*. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag.
- PAUWELYN, J. (2003) *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge: University Press.
- ROBINSON, D. (2013) “A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, 26, 127-153.
- ROXIN, C. (2006) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage*, Munich: Verlag C. H. Beck.
- SANCINETTI, M. (2001) *La Violación a la Garantía de la Imparcialidad del Tribunal. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al “caso Cabezas”*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

- SATZGER, H. (2012) *International and European Criminal Law*, Munich: C.H. Beck/Hart/Nomos.
- SCHABAS, W. (2009) *An Introduction to the International Criminal Court, Third Edition*, Cambridge: University Press.
- SCHABAS, W. (2010) *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: University Press.
- SCHMITT, M. (2010) “Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 42(3), 697-739.
- SIMMA, B. y PULKOWSKI, D. (2006) “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, 17(3), 483-529.
- SIVAKUMARAN, S. (2010) “War Crimes before the Special Court of Sierra Leone”, *Journal of International Criminal Justice*, 8, 1009-1034.
- SOLIS, G. (2010) *The Law of Armed Conflict. International Humanitarian Law in War*, Nueva York: Cambridge University Press.
- STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (2012) “‘Fragmentation’, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-The-Box?”, en VAN DEN HERIK, L. y STAHN, C. (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 21-89.
- TAN, J. (2014) “Sexual Violence Against Children on the Battlefield as a Crime Using Child Soldiers: Square Pegs in Round Holes and Missed Opportunities in *Lubanga*”, en GILL, T. D. *et al* (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012, La Haya: T.M.C. Asser Press/Springer/Cambridge University Press, 117-151.
- URBAN, N. (2012) *Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in Lubanga*, texto disponible en <<http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/>> (última consulta: 24 de marzo de 2014).
- VAN SCHAACK, B. (2008) “*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, *The Georgetown Law Journal*, 97, 119-192.
- VITÉ, S. (2014) “Between Consolidation and Innovation: The International Criminal Court’s Trial Chamber Judgment in the *Lubanga* Case”, en GILL, T. D. *et al* (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 15, 2012, La Haya: T.M.C. Asser Press/Springer/Cambridge University Press, 61-85.
- WAGNER, N. (2013) “A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga: child soldiers and direct participation”, *Criminal Law Forum*, 24(2), 145-203.
- WALTON, D. (2008) *Informal Logic: A Pragmatic Approach*, Cambridge: University Press.
- WASCHEFORT, G. (2014) *International Law and Child Soldiers*, Oxford: Hart Publishing.
- WERLE, G. y JEßBERGER, F. (2014) *Principles of International Criminal Law, Third Edition*, La Haya: T.M.C./Asser Press.
- WESSELS, M. (2006) *Child Soldiers. From Violence to Protection*, Cambridge: Harvard University Press.
- ZIMMERMAN, A. y GEIß, R. (2016) “War Crimes – para. 2(e)”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3ª ed., Munich/Oxford/Baden-Baden: H.Beck/Hart/Nomos, 557-577.

Immunidad de jurisdicción, derechos humanos y reparaciones: hacia una interpretación sistémica de la soberanía estatal en relación con los derechos de las víctimas de crímenes de guerra

Emiliano Senes – Matías González

Conforme el derecho internacional, los Estados tienen la obligación consuetudinaria de reparar los daños que causaren sus hechos internacionalmente ilícitos.¹ Esta regla resulta aplicable también a situaciones de conflicto armado, regidas por el derecho internacional humanitario (en adelante, “DIH”).² Así, aunque resulta claro que entre Estados, toda violación de una norma internacional da origen a la obligación de reparar, el panorama no es tan simple cuando quienes buscan reparaciones son las víctimas de hechos ilícitos cometidos por un Estado en el contexto de estos conflictos, particularmente aquellos de carácter internacional (en adelante, “CAI”), es decir, crímenes de guerra.³

Durante los últimos 60 años, la cuestión del derecho a obtener reparaciones por parte de los individuos ha cobrado especial relevancia en razón de su protagonismo creciente en el derecho internacional, especialmente debido al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, “DIDH”). Según ha sido reconocido en diversos instrumentos de DIDH,⁴ los individuos poseen el derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido. Ahora bien, ¿pueden los individuos afectados, por sí mismos, reclamar por violaciones al DIH, teniendo en

¹ Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, “CPJI”), “Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim For Indemnity) (Merits)”, 13 de septiembre de 1928, Serie A, No. 17, p. 47; Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”), “Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)”, 25 de septiembre de 1997, párr. 47; Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Resolución A/RES/56/83, AGNU, 12 de diciembre de 2001 (en adelante “Artículos”). Estas reparaciones pueden adoptar la forma de la restitución, compensación o satisfacción (Artículos, artículo 34) y no son excluyentes entre sí, pudiendo ser otorgadas en conjunto, GILLARD (2003: 531).

² El artículo 3 de la IV Convención de la Haya de 1907 establece que “la Parte Beligerante que viole las disposiciones de dicha Convención estará obligada a la indemnización y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que sean parte de sus fuerzas armadas”. Por su parte, el artículo 91 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, “PA-I”) recepta casi exactamente el artículo citado y afirma que la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del PA-I estará obligada a indemnizar y será responsable en todos los casos de los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

³ No abordaremos en este trabajo la cuestión de las reparaciones en el contexto de un conflicto armado no internacional, ni se tratará el elemento de atribución de responsabilidad estatal.

⁴ Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.3; Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 13; Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 10 y 25.1; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, artículo 13; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, artículo 6; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 45. Tal como explica GÓMEZ ISA (2006:21) al citar a SHELTON y MERON, “el derecho de las víctimas a un remedio efectivo conlleva tanto el derecho procedimental de acceso a la justicia como el derecho subjetivo a la reparación”.

cuenta que este régimen consideraría en principio, como se verá a continuación, como únicos sujetos a los Estados? Por otra parte, ¿qué ocurre con la inmunidad de jurisdicción estatal cuando estos individuos deciden recurrir a los tribunales de sus propios Estados para reclamar la reparación del daño?

Este trabajo tiene por objeto analizar la capacidad del individuo víctima de crímenes de guerra para reclamar reparaciones por daños sufridos en el contexto de los CAI y examinar la tensión que se da entre el derecho consuetudinario a la inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a los tribunales internos de Estados extranjeros y el derecho humano de los individuos a obtener una reparación.

Siguiendo este hilo conductor, intentaremos proponer una visión alternativa que aborde de manera crítica las consecuencias de mantener la referida inmunidad frente a la obligación de reparar por la comisión de crímenes de guerra.

1. El derecho a la reparación bajo el paradigma Estado-céntrico del derecho internacional

Desde una perspectiva netamente estado-céntrica del derecho internacional, las víctimas de los conflictos armados no contarían con un derecho a obtener reparaciones por violaciones al DIH,⁵ sino que solamente podrían beneficiarse de acuerdos suscritos entre los contendientes, o bien de los reclamos que sus Estados nacionales iniciaran a nivel internacional.⁶ Tal como explica GAETA, la postura tradicional en el derecho internacional niega que los Convenios de Ginebra de 1949 o los Convenios de la Haya de 1899/1907 le otorguen a las víctimas de crímenes de guerra un derecho individual a la reparación; sólo el Estado beligerante tendría ese derecho.⁷ Esto suele afirmarse diciendo que en el momento en que dichos instrumentos fueron redactados era impensable que los individuos gozasen de ese tipo de derechos en el ordenamiento internacional. Conforme esta postura, entonces, las víctimas serían simplemente *objetos de protección* por parte del Estado, pero no *sujetos de derecho*, ya que el DIH regula únicamente las relaciones entre beligerantes.⁸ En este contexto, los individuos tenían un acceso limitado a obtener reparaciones, ya sea por medio de un acuerdo o tratado de paz celebrado entre el Estado del que es nacional y su/s contraparte/s en un conflicto, o bien por medio del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad de la víctima.⁹ Adicionalmente, un individuo podría recurrir a los tribunales del Estado responsable —lo que presenta dudas sobre la parcialidad de la decisión, además de costos elevados para aquellos que no residieran en él, entre otros problemas— o bien a los tribunales de un tercer Estado: es aquí donde se genera un conflicto con la figura de la inmunidad de jurisdicción, lo que analizaremos más abajo.

⁵ Un claro ejemplo de esta postura es el caso “Ryuichi Shimoda et al. v. The State”, dictado por la Corte de Distrito de Tokio el 7 de diciembre de 1963, en el cual se afirmó que los individuos no están habilitados para reclamar reparaciones en el plano del derecho internacional por los daños cometidos durante un conflicto armado, así como tampoco en el plano local, en este último caso debido a la doctrina de inmunidad de jurisdicción (sobre esta cuestión, ver *infra*, subtít. 1.3).

⁶ GILLARD (2003: 537).

⁷ GAETA (2011: 308).

⁸ MAZZESCHI (2003: 341); GUTIÉRREZ POSSE (2014).

⁹ Una opción posible es también aquella en la que un Estado invocare ante un tribunal —nacional o internacional— la responsabilidad del Estado que cometió los crímenes basando su legitimación en una violación a una obligación *erga omnes*, conforme al artículo 48(1) de los Artículos.

1.1. Acuerdos de paz

Los acuerdos de paz son celebrados entre Estados soberanos sin la intervención directa de los individuos. En principio, tras suscribir estos acuerdos, será el Estado el responsable de distribuir la suma compensatoria recibida entre las víctimas.¹⁰ Si bien estos acuerdos han sido medios efectivos para obtener reparaciones, también pueden tener consecuencias indeseadas, especialmente cuando no contemplan a determinadas personas, cuando las Partes renuncian al derecho a reclamar por reparaciones o cuando las víctimas no reciben una reparación justa.¹¹

En esos casos, las víctimas ven obstaculizada la vía para obtener una reparación en tanto, tras la celebración del acuerdo por las Partes, se ven concluidas las cuestiones relacionadas con los reclamos. Por ejemplo, en el Tratado de Paz entre Japón y Estados Unidos suscrito tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, Japón renunció a su derecho a obtener reparaciones y, por ende, precluyó su posibilidad de reclamarlas posteriormente, así como la posibilidad de que sus nacionales iniciaran reclamos individualmente.¹² Una situación similar ocurrió con los acuerdos firmados entre Alemania e Italia en el mismo contexto.¹³

1.2. La protección diplomática

La protección diplomática es una clásica figura del derecho internacional, la cual “consiste en la invocación por un Estado, por medio de la acción diplomática u otros medios de arreglo pacífico, de la responsabilidad de otro Estado por un daño causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad”.¹⁴

Con respecto a dicha figura, cabe aclarar que se trata de un derecho de los Estados, pero no una obligación para con sus nacionales;¹⁵ consecuentemente, dependerá absolutamente de la voluntad del Estado efectuar un reclamo por esta vía. Por otro lado, para que la protección diplomática quede habilitada debe cumplirse con determinados requisitos, a saber: las víctimas deben ser nacionales del Estado requirente y se deben de haber agotado los remedios locales.¹⁶

¹⁰ GILLARD (2003: 535).

¹¹ Esto fue lo ocurrido, por ejemplo, en el caso CIJ, “Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)”, 3 de febrero de 2012 (en adelante, “Alemania c. Italia”), ver *infra*, p. 171.

¹² *Treaty of Peace with Japan (with two declarations)*. Firmado en San Francisco, el 8 de septiembre de 1951, 136 UNTS 1952, N° 1832, artículos 14(b) y 19.

¹³ Ver “Alemania c. Italia”, párr. 22 y subsiguientes. Para un listado exhaustivo de acuerdos de paz relativos a reparaciones, ver Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante “CICR”), “Practice Relating to Rule 150. Reparation. Section B. Compensation”, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter42_rule150_sectionb> (última consulta: 15 de octubre de 2015).

¹⁴ Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2006, Vol. 2, segunda parte, (en adelante “Artículos sobre Protección Diplomática”), artículo 1.

¹⁵ Artículos sobre Protección Diplomática, artículo 2, p. 28 y subsiguientes; CIJ, “Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)”, segunda fase, 5 de febrero de 1970, párr. 78 y subsiguientes.

¹⁶ Artículos sobre Protección Diplomática, artículos 3 y 14, respectivamente. Sin embargo, debe remarcar que el artículo 19 de los Artículos sobre Protección Diplomática establece que los Estados *deberían* dar particular consideración a aquellas situaciones en las que un daño significativo ha sido

No es nuestro objetivo ahondar en las diversas problemáticas jurídicas que conlleva el ejercicio de la protección diplomática; su mención tiene por finalidad mostrar simplemente que se trata de un derecho discrecional del Estado y no del individuo, cuyo ejercicio está relacionado generalmente con cuestiones de interés económico trascendental para el Estado reclamante que van más allá de la afectación de su nacional, y no con la obtención de reparaciones para víctimas de crímenes de guerra en tanto derecho humano.

1.3. Recurso a los tribunales del propio Estado o de un tercer Estado: el problema de la inmunidad de jurisdicción

Conforme el derecho internacional consuetudinario, los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales de otros Estados.¹⁷ Dicha inmunidad se encuentra fundada en la igualdad jurídica soberana, principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional.¹⁸ La consecuencia necesaria de esta inmunidad es que un Estado no puede ser demandado ni ejecutado en los tribunales nacionales de otro Estado, salvo algunas excepciones generalmente aceptadas.¹⁹

Si bien en un primer momento la inmunidad de jurisdicción fue de carácter absoluto, la creciente intervención de los Estados en asuntos contractuales, comerciales y financieros, entre otros, llevó a los tribunales a aceptar limitaciones a esta regla, adoptándose así una inmunidad relativa que permitiera a la parte afectada por un incumplimiento del Estado demandar un resarcimiento. De esta manera, comenzó a diferenciarse en la doctrina y jurisprudencia entre aquellos actos en los cuales el Estado actúa en ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*) y aquellos actos en los que el Estado actúa en carácter privado (*acta iure gestionis*), manteniéndose la inmunidad respecto de los primeros y permitiendo la prosecución del reclamo en los segundos.²⁰

Tal y como se expresa en gran parte de las legislaciones nacionales de los Estados, el número de excepciones generalmente aceptadas se fue extendiendo con el paso del tiempo.²¹ Sin embargo, la regla sigue siendo la inmunidad y dichas excepciones deben ser consideradas taxativas, salvo acuerdo en contrario de las partes. Como se verá, esto presenta un serio problema para aquellos individuos que intentan obtener una reparación demandando al Estado que cometió los crímenes en los tribunales de Estados extranjeros.

En efecto, en los últimos años diversos tribunales nacionales e internacionales han discutido la cuestión de la aplicabilidad de esta inmunidad de jurisdicción frente a reclamos por reparaciones de daños originados en violaciones graves al DIH. De tal modo, se ha planteado en varios casos un conflicto entre la soberanía de los Estados y

ocasionado a uno de sus ciudadanos, indicando la CDI en los comentarios a estos artículos que dicha disposición apunta particularmente a aquellos que han sido víctimas de violaciones de derechos humanos, aunque reconociendo que esta es una obligación imperfecta (de ahí, la utilización de la palabra “debería” o “*should*” en el artículo). Ver Artículos sobre Protección Diplomática, p. 53 y subsiguientes.

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, Res. A.G. 59/38, U.N.Doc. A/59/49, 2004 (no en vigor) (en adelante, la “Convención”); CASSESE (2005: 99).

¹⁸ LALIVE (1953: 213).

¹⁹ Convención, artículos 8 a 17; Foreign Sovereign Immunities Act (Estados Unidos), 1976, §1605; State Immunity Act (Reino Unido), 1978, Parte I; Ley N° 24.488, art. 2 (Argentina); entre otras.

²⁰ Para un desarrollo de esta distinción ver LALIVE (1953: 213) y HERZ (2005).

²¹ Ver, a modo de ejemplo, las normas detalladas en la Nota 19.

los derechos humanos de acceso a la justicia, a un recurso efectivo y a obtener reparaciones. Dicho conflicto se extiende, a su vez, a la obligación de compensar receptada en el DIH.

En el caso *Kalogeropoulou c. Grecia y Alemania*, sustanciado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), se afirmó que el desarrollo actual del derecho internacional no permite inferir que la inmunidad de jurisdicción deba ceder frente a violaciones graves a los DDHH o al DIH. Dicho tribunal consideró que el ejercicio del derecho de acceso a la justicia (garantizado por el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos) puede estar sujeto a limitaciones, siempre que las mismas sean proporcionales y tengan un fin legítimo. De este modo, el TEDH advirtió acerca de los peligros que conllevaría eliminar la inmunidad de jurisdicción en estos casos, esto es, menoscabar las buenas relaciones entre los Estados y la cortesía internacional debida a los soberanos.²²

En el caso *Al-Adsani c. Reino Unido*, el TEDH afirmó incluso que ni siquiera en los casos de la violación de una norma de *ius cogens*, como la prohibición de la tortura, puede afirmarse que los Estados pierden su derecho a la inmunidad de jurisdicción. En este sentido, señaló:

... no obstante el carácter especial de la prohibición de la tortura en el derecho internacional, el Tribunal no puede encontrar en instrumentos internacionales, autoridades judiciales u otros materiales base firme alguna para concluir que, bajo el derecho internacional, un Estado no goza de inmunidad ante una demanda civil en los tribunales de otro Estado en la que se alegan actos de tortura”.²³

Finalmente, debemos mencionar el caso *Alemania c. Italia*, resuelto por la CIJ el 3 de febrero de 2012.²⁴ Dicho caso se originó en demandas presentadas por ciudadanos italianos ante tribunales nacionales de Italia, en las cuales reclamaban reparaciones a Alemania por haberlos sometido a trabajos forzados durante la Segunda Guerra Mundial. En el caso “Ferrini”,²⁵ la Corte de Casación italiana hizo lugar a la demanda y declaró que los tribunales italianos tenían jurisdicción, alegando que la inmunidad estatal no podía ser alegada en casos de violación de los DDHH y de graves violaciones del DIH. El criterio adoptado por el tribunal derivó en la presentación de otros casos de individuos en igual situación.²⁶ Asimismo, los tribunales italianos reconocieron sentencias dictadas en Grecia contra Alemania en igual sentido, y tomaron medidas ejecutorias contra un bien alemán situado en Italia.²⁷ En este marco, Alemania demandó a Italia ante la CIJ por haber incumplido con su obligación de respetar su inmunidad jurisdiccional. En su sentencia, la CIJ estableció que los actos de las fuerzas armadas en la conducción de hostilidades son actos de imperio, es decir, actos realizados en ejercicio de la autoridad soberana, por lo que la inmunidad es indiscutible y debió haber sido respetada por los tribunales italianos. Por otro lado, tras analizar legislación y

²² TEDH, “*Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany*”, 12 de diciembre de 2002.

²³ TEDH, “*Al-Adsani v. United Kingdom*”, 21 de noviembre de 2001, párr. 61 (traducción propia).

²⁴ Ver Nota 11.

²⁵ Corte di Cassazione (Italia), “*Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*”, 11 de marzo de 2004.

²⁶ Ver “*Alemania c. Italia*”, párrs. 28 y 29.

²⁷ Para un desarrollo de los sucesos ocurridos en Grecia y su relación con el caso italiano, ver “*Alemania c. Italia*”, párr. 30 y subsiguientes.

jurisprudencia de diversos países, así como también de tribunales internacionales²⁸, la CIJ indicó que —en el estado actual del derecho internacional consuetudinario— no existen excepciones a la inmunidad jurisdiccional basadas en la comisión de graves violaciones del DDHH o del DIH, ni siquiera cuando el ejercicio de jurisdicción sea el último recurso que poseen las víctimas para obtener reparaciones (conforme había alegado Italia). En igual sentido se pronunció con respecto a las normas *ius cogens*, e indicó que dichas normas tienen carácter sustantivo o de fondo, mientras que la norma de inmunidad de jurisdicción es adjetiva o procesal. Así, la norma procesal determina si un tribunal puede o no ejercer jurisdicción en un caso particular, lo que no afecta el fondo de la cuestión ni altera el carácter imperativo de la norma sustantiva. De este modo negó que hubiera un conflicto de jerarquía normativa.

Finalmente, es necesario remarcar que la Corte Constitucional italiana, en una sentencia del año 2014, declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la ley de ejecución de la Carta de las Naciones Unidas, específicamente en lo referente al artículo 94 de este instrumento²⁹, solo en lo atinente a la obligación de los jueces italianos de cumplir con esta sentencia de la CIJ, debido a que requiere que los tribunales locales denieguen a los reclamantes el acceso a la jurisdicción en casos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por Estados extranjeros, lo que constituye una violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución italiana.³⁰

2. Reparaciones por violaciones al DIH en el contexto del empoderamiento del individuo y el desarrollo de los derechos humanos en el derecho internacional

El enfoque descrito en los párrafos precedentes respecto de las reparaciones debidas por daños derivados de la comisión de crímenes de guerra no puede sostenerse si consideramos el estado actual del derecho internacional y realizamos una interpretación sistémica y coherente de sus normas. A este fin, resulta útil citar el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual establece que para interpretar un tratado, “[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: (...) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Como indicó KOSKENNIEMI en el informe de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante “CDI”) sobre la fragmentación del derecho internacional, el “principio de integración sistémica” expresado en el texto legal citado, “pide al órgano de resolución de controversias (...) que sitúe las normas invocadas por las partes interesadas en el contexto de otras normas y principios que podrían tener relación con la causa”.³¹

²⁸ ORAKHELASHVILI (2012) cuestiona este análisis, al señalar que la CIJ no examinó toda la práctica relevante sobre el tema, ya que se basó en legislación nacional (la que nada dice sobre el derecho internacional), además de haber ignorado decisiones judiciales y doctrina que niegan carácter consuetudinario a la inmunidad de jurisdicción.

²⁹ Este establece, en su punto 1: “Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte”.

³⁰ “Sentenza n. 238 della Corte Costituzionale”, 22 de octubre de 2014, disponible en italiano en: <<http://www.diritticomparati.it/2014/10/sentenza-n-238-anno-2014-repubblica-italiana-in-nome-del-popolo-italiano-la-corte-costituzionale-composta-dai-signori.html>>, y en inglés en: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf> (última consulta: 15 de octubre de 2015).

³¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006) “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, A/CN.4/L.682, 2006 (en adelante “Informe”), párr. 479.

Este principio es fundamental para brindar una interpretación del derecho internacional que no resulte anacrónica ni incoherente, teniendo en cuenta que un ordenamiento jurídico consiste —o al menos es lo que se pretende, como se discutirá más abajo— en un sistema de normas interrelacionadas y no en disposiciones separadas en compartimentos estancos.

Así, deben hacerse algunas observaciones respecto del derecho de los individuos a obtener reparaciones por violaciones graves al DIH, así como también de los obstáculos que las tradicionales prácticas y reglas del derecho internacional presentan al mismo.

2.1. El derecho del individuo a obtener reparaciones bajo el DIH

Siguiendo el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,³² GAETA afirma que un análisis de los trabajos preparatorios tanto de los Convenios de la Haya de 1907 como del PA- I brinda los fundamentos para sostener que ya al momento de su celebración se consideraba que los beneficiarios de dichas provisiones eran las víctimas y no los Estados.³³ Por su parte, PICTET explica que tienen derecho a requerir dicha reparación tanto las partes del conflicto como sus nacionales y afirma que, desde 1945, una tendencia “ha emergido que reconoce el ejercicio de este derecho por parte de los individuos”.³⁴

Asimismo, GAETA explica que si bien los Artículos lidian en su mayoría solamente con la responsabilidad entre Estados, la CDI decidió incluir en su artículo 33 una provisión que permitiría interpretar que las víctimas de violaciones al DIH tienen un derecho individual a reclamar reparaciones. En efecto, el párrafo segundo del artículo 33 establece que “[l]a presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”.³⁵ De este modo, conforme la autora citada, los Artículos estarían reconociendo la posibilidad de que la responsabilidad de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito (*v.gr.*, violaciones al DIH) pueda generar derechos para los individuos, entre ellos la reparación del daño sufrido.³⁶

Adicionalmente, GILLARD indica que tanto el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1907 como el artículo 91 del PA-I —citados más arriba— deben ser leídos en conjunto con los “Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de

³² Dicho artículo establece: “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

³³ GAETA (2011: 309). El artículo 3 de la IV Convención de la Haya de 1907 establece que “la Parte Beligerante que viole las disposiciones de dicha Convención estará obligada a la indemnización y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que sean parte de sus fuerzas armadas”. Por su parte, el artículo 91 del PA-I recepta casi exactamente el artículo citado y afirma que la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del PA-I estará obligada a indemnizar y será responsable en todos los casos de los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

³⁴ PICTET (1987: 1055).

³⁵ Artículos, artículo 33.

³⁶ GAETA (2011: 312).

violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (en adelante, “Principios y Directrices”), adoptados por Resolución de la Asamblea General Nro. 60/147 del 16 de diciembre de 2005. En ese documento se establece, entre otras cosas, el derecho de las víctimas a una reparación “adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido” en casos de “violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y [de] violaciones graves del derecho internacional humanitario”,³⁷ la que deberá ser proporcional a la gravedad de dichas violaciones y del daño ocasionado³⁸. Si bien es discutible que el contenido de los Principios y Directrices tenga carácter vinculante, entendemos que los mismos expresan claramente la progresividad del derecho internacional contemporáneo en el reconocimiento del derecho de los individuos a reclamar reparaciones y el modo en que debe cumplirse con ese derecho³⁹, además de servir como herramienta que guíe la implementación de remedios, políticas y programas en ese sentido, tanto para los Estados como para las víctimas o los tribunales⁴⁰.

Debe aclararse que, si bien los tratados referidos sólo hablan de compensación y no de otro tipo de reparación, esto no es óbice para que otras modalidades de reparación tengan lugar;⁴¹ por ejemplo, en los casos en los que se ha adquirido propiedad ilegalmente, dicha propiedad debe ser restituida si la misma no ha sido destruida.⁴²

Respecto de los tratados de paz, debe decirse que, si bien una vez terminado el conflicto las partes del mismo pueden celebrar acuerdos en los que dispongan el modo en el que cada Estado responderá respecto de aquellos daños que le sean atribuibles, PICTET ha afirmado que esto no precluiría la posibilidad de obtener reparación a la que tendrían derecho las víctimas de violaciones al DIH, toda vez que estaríamos frente a un derecho del individuo garantizado tanto desde ese régimen normativo como desde los derechos humanos.⁴³ Y es que, desde una perspectiva coherente con el empoderamiento del individuo en el derecho internacional, un Estado no podría privar a sus ciudadanos de sus derechos una vez que les hubieren sido reconocidos en un instrumento internacional o afirmados por la formación de una costumbre. Dicha renuncia podía resultar aceptable décadas atrás, en tanto no existían instrumentos de DIDH con los cuales los Estados se encontrarán obligados ni un desarrollo consuetudinario relativo a los derechos fundamentales de todos los seres humanos. Así, entendemos que la renuncia realizada por un Estado en un acuerdo de paz al derecho de sus ciudadanos a recibir reparaciones por daños sufridos en el contexto de un CAI no sólo resulta inoponible a esos individuos sino que podría también implicar la responsabilidad

³⁷ Principios y Directrices, Principio VII.11.b.

³⁸ *Ídem*, Principio IX.15.

³⁹ Tal como lo reconoció la CIJ en el caso “Nicaragua” y en su Opinión Consultiva sobre Armas Nucleares, las resoluciones de la Asamblea General pueden expresar la *opinio iuris* de los Estados, y es también en ese sentido que los Principios y Directrices resultan relevantes. Ver CIJ, “Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits)”, 27 de junio de 1986, párr. 191; CIJ, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, párr. 70.

⁴⁰ VAN BOVEN (2009:32).

⁴¹ PICTET (1987: 1056). Ver, además, Nota 1.

⁴² GILLARD (2003: 533). Ver también, CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, párrs. 152-153 y Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos durante los Conflictos Armados, 95-97.

⁴³ PICTET (1987: 1055).

internacional de dicho Estado si resultare en la denegación del derecho a reclamar reparaciones.

2.2. El derecho a obtener reparaciones por crímenes de guerra y la inmunidad de jurisdicción

Teniendo en cuenta el principio de integración sistémica al que nos referimos más arriba, así como el desarrollo del DIDH y del DIH, creemos que no puede seguir sosteniéndose la inmunidad jurisdiccional respecto de la comisión de crímenes de guerra. En su voto disidente en el caso “Alemania c. Italia”, CANÇADO TRINDADE señaló acertadamente que la inmunidad del Estado no puede en la actualidad abordarse desde una perspectiva autosuficiente ni en el vacío, sino que debemos aproximarnos a la regla desde una visión integral del derecho internacional contemporáneo, considerando además su papel en la comunidad internacional.⁴⁴

Para ello debemos tomar en consideración que el derecho es una ciencia dinámica, en constante cambio y adecuación, antes que un conjunto de normas estáticas e inmodificables; esto se torna especialmente relevante cuando las soluciones ofrecidas por una determinada norma no resultan coherentes con nuevos desarrollos morales, políticos, sociales o económicos. Desde este enfoque, no resulta difícil comprender que el nacimiento de la teoría de la inmunidad relativa no fue producto del azar, sino del creciente involucramiento del Estado en actividades con particulares o, dicho de modo más general, *de la necesidad de adecuar la norma a un contexto distinto de aquel en el que surgió*.⁴⁵ Esto resulta lógico si pensamos que la teoría de la inmunidad jurisdiccional tuvo origen en una época en la que el derecho internacional regulaba casi exclusivamente relaciones interestatales⁴⁶ y en la que los Estados no mostraban mayor preocupación por el tratamiento brindado a los seres humanos en sus jurisdicciones.⁴⁷ En este sentido, tanto el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales del ser humano —y la consecuente obligación para el Estado de respetarlos y protegerlos— como la tipificación de los crímenes de guerra, no podrían haber sido considerados en la práctica estatal o en la convicción de su obligatoriedad al momento de evaluar la vigencia y aplicabilidad de la norma de inmunidad de jurisdicción.

Pero además, como indica HENKIN, “[d]esde 1945, la forma en que un [E]stado trata a sus propios ciudadanos, cómo se comporta incluso en su propio territorio, ha dejado de ser un asunto suyo; esto se ha vuelto un asunto de preocupación internacional, de política internacional, y de derecho internacional”.⁴⁸ Por otra parte, puede decirse que el concepto mismo de soberanía ha variado: a la significación de la soberanía como control del territorio y la población, como exclusión de otros en los asuntos propios, debe sumarse la acepción de la soberanía como *responsabilidad*,⁴⁹ lo que implica que los Estados no solo tienen facultades respecto de sus ciudadanos y derechos frente a sus iguales, sino que también asumen obligaciones ante ellos y deben respetarlos en interés

⁴⁴ “Alemania c. Italia”, voto disidente del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 298.

⁴⁵ Ver KRAJEWSKI-SINGER (2012: 9). Como señala ORAKHELASHVILI (2012: 613), la lógica de la inmunidad relativa se encuentra justamente en que la identificación de la naturaleza soberana (o no soberana) de cada uno de los actos del Estado debe llevarse a cabo casuísticamente.

⁴⁶ GAETA (2011: 324).

⁴⁷ “Alemania c. Italia”, voto disidente del juez CANÇADO TRINDADE, párr.167.

⁴⁸ HENKIN (1999: 4) (traducción propia); en el mismo sentido, REISMAN (1990: 869).

⁴⁹ Ver PETERS (2009).

de todos. Así, es necesario tener en cuenta que ciertos actos de los Estados —o de sus funcionarios, en tanto órganos de los mismos, en su nombre—, debido a su gravedad, escapan de su dominio interno y afectan a la comunidad internacional como un todo.⁵⁰ Entre ellos debemos contar a los crímenes de guerra, a los que CANÇADO TRINDADE denomina *acta delicta imperii*.⁵¹

Para finalizar, un breve comentario sobre la sentencia de la CIJ: como se dijo, al emitir su fallo, el tribunal ignoró que el derecho —y particularmente, el derecho consuetudinario— se encuentra sujeto a un proceso dinámico de adaptación en razón de la variación de circunstancias y de los desarrollos aplicables de la misma disciplina. Por ello concordamos con SINGER y KRAJEWSKI, cuando afirman que, al resolver el caso:

la CIJ simplemente apuntó a ‘medir’ el derecho consuetudinario en un determinado momento. Sin embargo, al concluir que no hay suficiente evidencia para una nueva regla del derecho consuetudinario internacional que limite la inmunidad del Estado, la Corte influenció el desarrollo de esa nueva regla, al dar un peso adicional a la vieja regla (...) [así] puede asumirse que la mayoría de los tribunales —si no todos— tomarán la sentencia como una declaración autoritativa del derecho y se abstendrán de contribuir al desarrollo de la nueva regla.⁵²

En otras palabras, esta sentencia probablemente haya detenido el desarrollo de la excepción a la inmunidad por la comisión de crímenes de guerra, en una suerte de profecía auto-cumplida. Por ello, creemos oportuno recordar al juez ÁLVAREZ, cuando señaló que la función de la CIJ es establecer la ley existente, pero también modificar aquellas provisiones que, aunque estén en vigencia, han quedado desactualizadas y crear preceptos tanto para resolver viejos problemas cuando no existan reglas como también para resolver los nuevos, en razón de la constante evolución de la vida internacional, de la cual el derecho debe ser un reflejo.⁵³

3. Reflexiones finales

Para finalizar este trabajo, quisiéramos hacer algunas observaciones sobre la cuestión de la fragmentación del derecho internacional, especialmente de la fragmentación sustantiva, es decir, la existencia de diversos regímenes legales o “ramas” dentro del derecho internacional, las cuales están especializadas, poseen sus propios principios y reclaman autonomía respecto de otras ramas e incluso del derecho internacional general.⁵⁴ Si bien esto puede ser visto como una expansión deseable de la disciplina, ello también genera problemas a la hora de conciliar los diversos regímenes y otorgarles la coherencia que un sistema requiere para funcionar como tal.

En relación con ello, y siguiendo lo expuesto a lo largo de esta investigación, resulta claro que diversos regímenes normativos entran en juego al analizar el derecho a obtener reparaciones por víctimas de crímenes de guerra frente a las inmunidades del Estado: por un lado, el DIDH reconoce el derecho de los individuos a ser reparados por

⁵⁰ MCGREGOR (2008: 916).

⁵¹ Ver su voto disidente en “Alemania c. Italia”.

⁵² KRAJEWSKI-SINGER (2012: 29) (traducción propia).

⁵³ CIJ, “The Corfu Channel Case (Merits)”, 9 de abril de 1949, opinión individual del juez ÁLVAREZ, 40-41.

⁵⁴ Informe, párr. 5 y subsiguientes.

daños sufridos en su persona o en sus bienes, mientras que por el otro el derecho internacional general reconoce a los Estados un derecho a la inmunidad de jurisdicción derivado de la soberanía, una institución que es la columna vertebral del sistema internacional desde la Paz de Westfalia. Debido a estas diferencias, es esperable que la solución dada a este conflicto normativo varíe dependiendo de quién deba interpretar y aplicar las reglas y principios, es decir, de la competencia material que posea el tribunal que deba tratar la cuestión, ya que entonces —aunque los tribunales no están limitados a aplicar exclusivamente las reglas de su “rama”— podremos darnos una idea de cuál es la lógica que opera en ese régimen y cómo difiere de otros.

Por otra parte, es preciso hacer referencia al concepto de inter-temporalidad de la ley que, sin haberlo mencionado expresamente, sobrevoló de forma constante el análisis realizado en este trabajo. Dicho concepto expresa la dificultad de establecer si la ley debe ser interpretada según su vigencia al momento en que fue creada o bien conforme rige al momento de ser aplicada y teniendo en cuenta el desarrollo de la sociedad a la cual debe regular.⁵⁵ Si bien no resulta sencillo determinar cuál criterio debe prevalecer,⁵⁶ coincidimos con CANÇADO TRINDADE en que argumentar que los trabajos forzados no estaban prohibidos en el momento de los hechos, o que el *ius cogens* no existía en aquel entonces, o que los derechos humanos no habían sido aún reconocidos, no puede servir como excusa para mantener la inmunidad del Estado con el único fin de evitar su responsabilidad,⁵⁷ máxime cuando la norma a ser interpretada en el caso “Alemania c. Italia” es la inmunidad —al momento de inicio de los procedimientos, en el año 2004—, y no la prohibición de trabajos forzados —cuya violación, en cualquier caso, fue reconocida por la demandada—.

Así, debemos volver una vez más al concepto de integración sistémica del derecho. Bajo el prisma de este principio, no podemos considerar a aquellos decisores que operan en el ámbito del derecho internacional como instituciones o regímenes aislados entre sí, sino como componiendo una parte dentro de un sistema que tiene objetivos de carácter general. Como indica KOSKENNIEMI, “mantener a esas instituciones completamente aisladas una de otra y solo prestando atención a sus propios objetivos y preferencias es pensar en el derecho como un instrumento para obtener los objetivos de ese régimen (...) Sin el principio de ‘integración sistémica’ sería imposible dar expresión a, y mantener vivo, cualquier sentido de bien común de la humanidad, no reductible al bien de una institución o ‘régimen’ particular”.⁵⁸

Esta última línea citada es especialmente ilustrativa, ya que nos lleva a una cuestión más profunda que aquí solo podemos plantear para discutir en otra ocasión, relativa a la concepción del derecho internacional: ¿sirve este meramente para regular las relaciones entre los Estados (y, podemos agregar, entre las organizaciones internacionales)? ¿O son los individuos, en tanto partes de un colectivo difuso y a la vez robusto denominado “humanidad”, a quienes apunta? En otras palabras: ¿quién es el destinatario último del derecho internacional, los Estados o los seres humanos?

⁵⁵ Informe, párr. 475.

⁵⁶ Ya que, como señala KOSKENNIEMI, “por un lado, cuando los Estados crean una relación jurídica, indudablemente lo hacen teniendo en mente el ámbito normativo como existió al momento en el que se formó la relación. O en otras palabras, la deferencia a la ley vigente al momento en el que un tratado [o, agregamos, una norma consuetudinaria] es concluido es una mejor representación de la intención de las partes. Sin embargo, ninguna relación jurídica puede mantenerse intacta con el paso del tiempo”, Informe, párr. 476.

⁵⁷ “Alemania c. Italia”, voto disidente del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 7 y subsiguientes.

⁵⁸ Informe, párr. 480.

Dependiendo de quién se encuentre en el centro del sistema, las decisiones de los creadores e intérpretes del derecho internacional serán muy distintas.

Si los destinatarios del derecho internacional son los Estados, debemos preservar a toda costa la soberanía: esta garantiza la pluralidad en la sociedad internacional, resguarda la autodeterminación y permite a los pequeños excluir a los grandes de sus asuntos; pero debemos saber que puede ser utilizada para ampararse de, e incluso justificar, entre otras cosas, la comisión de crímenes de masas. Si, en cambio, sus destinatarios son los seres humanos, entonces la soberanía no puede ser opuesta (al menos no en forma absoluta) cuando estos son masacrados por sus gobernantes —aunque no hay que olvidar que la defensa de los derechos humanos puede ser también utilizada como excusa por quienes quieran imponer sus propios intereses a otros—.

Evidentemente, estas cuestiones rebasan la discusión jurídica. Por ahora, debemos conformarnos simplemente con decir que el desarrollo del concepto y del discurso de los derechos humanos obliga a todos los operadores/as del derecho internacional, como mínimo, a repensar un nuevo balance entre el resguardo de la soberanía y la comisión de crímenes masivos contra (grupos de) seres humanos.

Esta tarea nos compele a encarar el análisis del derecho internacional desde una perspectiva basada no solo en los intereses de los Estados, sino también de las víctimas de los crímenes cometidos por sus agentes⁵⁹. Como indica NIEBERGALL, los programas de reparaciones han comenzado a jugar un rol prominente en situaciones de reconciliación nacional e internacional derivadas de violaciones masivas de derechos humanos y son considerados como una parte fundamental de la justicia transicional, en conjunto con otros mecanismos como la creación de comisiones de la verdad o tribunales penales especiales⁶⁰.

Así, en aquellos casos en los que la ley no es clara (o ha dejado de serlo), un análisis estrictamente jurídico no servirá a los fines para los que el derecho internacional (y, por caso, cualquier derecho) fue creado: el de solucionar conflictos de forma justa. Cumplir con este objeto puede también llegar a exigir un análisis de las implicancias políticas, sociales y culturales que se derivan de las violaciones de derechos humanos a gran escala, especialmente en una sociedad internacional esencialmente anárquica en la cual se suele priorizar el orden y la estabilidad por sobre otros valores, teniendo en cuenta además la relevancia que posee para la vida en sociedad la idea de la reparación de los daños como expresión de la justicia.

Bibliografía

Bibliografía primaria (instrumentos, documentos, jurisprudencia)

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)”, 3 de febrero de 2012.

ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS, Resolución A/RES/56/83, AGNU, 12 de diciembre de 2001.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES, Res. A.G. 59/38, U.N.Doc. A/59/49, 2004.

⁵⁹ Sobre un enfoque desde el punto de vista de las víctimas, ver en general VAN BOVEN (2009).

⁶⁰ NIEBERGALL (2009:146).

- PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BÁSICOS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES MANIFIESTAS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A INTERPONER RECURSOS Y OBTENER REPARACIONES”, Res. AG 60/147, 16 de diciembre de 2005.
- DRAFT ARTICLES ON DIPLOMATIC PROTECTION with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, Vol. 2, segunda parte.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006) “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, A/CN.4/L.682, 2006.
- PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS, HR/PUB/11/01, 2011.

Bibliografía crítica

- CASSESE, A. (2005) *International Law*, 2º edition, New York/Oxford: Oxford University Press.
- GAETA, P. (2011) “Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?” en BEN-NAFTALI, O. (ed.) *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, New York/Oxford: Oxford University Press, 305-327.
- GILLARD, E-C. (2003) “Reparation for violations of international humanitarian law” en *International Review of the Red Cross* 85, N° 851, 529-553.
- GÓMEZ ISA, F. (2006) “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos” en GÓMEZ ISA, F. (ed.) *El Derecho a la Memoria*, Zarauz: Alberdania S.L., 23-76.
- GUTIÉRREZ POSSE, H. D. T. (2014) *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires: Eudeba.
- HENKIN, L. (1999) “That ‘S’ Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, Et Cetera”, *Fordham Law Review* 68 (1), 1-14.
- HERZ, M. (2005) “La nueva Convención de Naciones Unidas sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 10, 1-21.
- KRAJEWSKI, M. y SINGER, C. (2012) “Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 16, 1-34.
- LALIVE, J-F. (1953) “L’immunité de juridiction des États et des Organisations Internationales”, *Recueil de Cours*, Vol. 84, La Haya: Académie de droit international.
- MAZZESCHI, R. (2003) “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 339-347.
- MCGREGOR, L. (2008) “Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty”, *European Journal of International Law* 18 (5), 903-919.
- NIEBERGALL, H. (2009) “Overcoming Evidentiary Weaknesses in Reparation Claims Programmes”, en FERSTMAN C., GOETZ, M., STEPHENS, A. (eds.) *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 145-166.
- ORAKHELASHVILI, A. (2012) “International Decisions (edited by David P. Stewart)”, *American Journal of International Law* 106 (3), 609-616.
- PICTET, J. (1987) *Comentario a los Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- REISMAN, M. (1990) “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, *American Journal of International Law* 84, 866-876.

VAN BOVEN, T. (2009) “Victims’ Rights to a Remedy and Reparation: the New United Nations Principles and Guidelines”, en FERSTMAN C., GOETZ, M., STEPHENS, A. (eds.) *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 19-40.

Datos de los autores

EMILIANO J. BUIS. Abogado (orientación en Derecho Internacional Público) y Licenciado y Profesor en Letras (orientación en Letras Clásicas) por la UBA. Master en Ciencias Humanas y Sociales (Historia del Derecho) por la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne, Doctor en Letras Clásicas y Diploma de Posdoctorado en Derecho Internacional por la UBA. Profesor Adjunto Regular de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la UBA, así como de Lengua y Cultura Griegas en la Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Profesor Asociado Ordinario en le Área de Derecho Público de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Coordinador Académico de la Maestría en Relaciones Internacionales (UBA). Investigador de Carrera del CONICET y Director de Proyectos DECYT, UBACyT y PIM. Director del Seminario Permanente de Investigación en Teoría e Historia del Derecho Internacional (SEMPITHIDIA) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA). Co-Director del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la UNICEN (Azul). Coordinador del Grupo de Trabajo sobre Derecho Griego Arcaico y Clásico y sus Proyecciones (DEGRIAC) en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Miembro del Comité del Concurso Jean Pictet sobre Alegatos y Simulación en Derecho Internacional Humanitario. Entre sus publicaciones recientes figura el libro *La súplica de Eris. Derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la antigua Grecia* (Eudeba, 2015).

AGOSTINA N. CICHERO. Abogada (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Diplomada en Diseño y Evaluación de Políticas Públicas por la Universidad Pompeu Fabra. Maestranda en Relaciones Internacionales (UBA). Becaria del Programa de Intercambio de Estudiantes de la Facultad de Derecho (UBA) en Columbia Law School. Ayudante de segunda de Derecho Internacional Público. Integrante de proyectos UBACyT y DECYT. Fue representante de la UBA en el Concurso de Simulación en Derecho Internacional “Philip C. Jessup” y en el Concurso Jean Pictet sobre Alegatos y Simulación en Derecho Internacional Humanitario. Actualmente se desempeña como asesora en la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires. Becaria de la Comisión Fulbright (2017-2018).

LEANDRO ALBERTO DIAS. Abogado (orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público) por la UBA. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Penal en la Universidad Torcuato Di Tella. Ex becario de investigación de la Universidad de Buenos Aires (Beca CIN 2012-2013 y 2013-2014; Beca DeCyT 2012-2013). Jefe de trabajos prácticos (interino) de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal y Profesor adjunto de Derecho Penal en el Instituto Superior de Seguridad Pública. Fue representante de la UBA en la competencia de alegatos ante la Corte Penal Internacional “Victor Carlos García Moreno”.

SABRINA FRYDMAN. Abogada (orientación en Derecho Internacional Público) por la

UBA. Ayudante de segunda en el Departamento de Derecho Público, con carrera docente en curso. Fue miembro de proyectos de investigación académica DECyT y UBACyT. Fue representante y forma parte del Comité de Selección del equipo de la UBA en la competencia Jean Pictet sobre Alegatos y Simulación en Derecho Internacional Humanitario. Es candidata LLM en Derechos Humanos y Libertades Civiles en la Southwestern Law School de Los Ángeles, California, como becaria Fulbright-Siderman. Se especializa en educación en derecho humanos, género y proyectos de impacto social.

EZEQUIEL HEFFES. Abogado (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Fue docente auxiliar de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho (UBA). Master en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos por la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (*Swiss Government Scholar*). Actualmente es Jefe de Oficina del Comité Internacional de la Cruz Roja en Uvira, República Democrática del Congo. Previamente ha ocupado posiciones en Colombia, Afganistán y Ginebra, Suiza. Fue representante de la UBA en el equipo finalista de la sesión francoparlante en el Concurso Jean Pictet sobre Alegatos y Simulación en Derecho Internacional Humanitario. Sus trabajos recientes han sido publicados, entre otros, por el *Yearbook of International Humanitarian Law* y la *Revista Internacional de la Cruz Roja*.

MATIAS GONZÁLEZ. Abogado (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Diplomatura en Gestión y Control de Políticas Públicas por FLACSO. Fue miembro de proyectos de investigación académica DECyT y UBACyT. Forma parte del Comité de Selección del equipo representativo de la UBA en la competencia Jean Pictet de Derecho Internacional Humanitario. Representante de la UBA en el Concurso Jean Pictet sobre Derecho Internacional Humanitario y en el Concurso de Simulación en Derecho Internacional "Philip C. Jessup". Fue seleccionado como participante del Seminario para Jóvenes Líderes "Estados Unidos en la actualidad: las bases de su política exterior e interna" (Comisión Fulbright). Traductor del libro *Los límites de la representación* y co-traductor del libro *The elusive promise of indigenous development: Rights, Culture, Strategy*. Se ha desempeñado en diversas dependencias estatales en el diseño y análisis de políticas públicas, entre ellas, la Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Seguridad y la Subsecretaría de Comercio Exterior del Ministerio de Producción de la Nación.

MARCOS D. KOTLIK Abogado (orientación en Derecho Internacional) por la UBA. Magister en Relaciones Internacionales por la UBA. Profesor Adjunto (interino) de Derecho Internacional en la Universidad Nacional de José C. Paz y Jefe de Trabajos Prácticos (interino) en la Facultad de Derecho de la UBA. Becario doctoral del CONICET. Investigador de proyectos DeCyT y UBACyT. Forma parte del Comité de Selección del equipo representativo de la UBA en la competencia Jean Pictet de Derecho Internacional Humanitario. Representante de la UBA en el Concurso Jean Pictet sobre Derecho Internacional Humanitario. Visiting fellow del Amsterdam Center for International Law, Universidad de Amsterdam (febrero-marzo 2017). Becario de la Comisión Fulbright-Ministerio de Educación (2017-2018).

MAGDALENA LEGRIS. Abogada (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Maestranda en Relaciones Internacionales (UBA). Ayudante docente de segunda de Derecho Internacional Público y colaboradora docente del departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la UBA. Diploma de Curso de Especialización en Responsabilidad Penal Individual de Actores no Estatales por el Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights. Ex Becaria del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD). Integrante de proyectos de investigación DECyT. Actualmente se desempeña como Prosecretaria Letrada de Cámara en la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal.

NATALIA M. LUTERSTEIN. Abogada (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Master en Derecho Internacional Público por The London School of Economics and Political Science. Doctoranda por la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora Adjunta de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de Derecho Internacional Penal en la Maestría en Relaciones Internacionales de la UBA y Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo. Directora de un Proyecto UBACyT sobre subjetividad, participación y responsabilidad en el derecho internacional. Está a cargo de la selección y preparación del equipo de la Facultad de Derecho de la UBA en la competencia sobre Corte Penal Internacional. Se ha desempeñado como asesora letrada de la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional y del Área Internacional de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos de la Nación. Actualmente, se desempeña en el Área de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación.

BENJAMIN MAURO VELÁZQUEZ. Abogado (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA) y Becario de Maestría UBACyT. Ayudante de segunda de Teoría del Estado (Facultad de Derecho, UBA) y anteriormente de Teoría General del Derecho, Derecho Internacional Humanitario y Orígenes y Antecedentes del Derecho Internacional. Integrante de proyectos de investigación UBACyT y DECyT en las áreas de Derecho Internacional y Filosofía del Derecho. Fue representante de la UBA en el Concurso Jean Pictet sobre Alegatos y Simulación en Derecho Internacional Humanitario.

PAULA SCIANCA LUXEN. Abogada (orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público) por la UBA. Maestranda de la Maestría en Género, Sociedad y Políticas (FLACSO-PRIGEPP). Ayudante de Elementos del Derecho Penal (Facultad de Derecho, UBA). Elizabeth Gómez Alcorta. Becaria del Programa de Intercambio de Estudiantes de la Facultad de Derecho (septiembre 2014-febrero 2015) en la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Fue miembro de diversos proyectos de investigación DeCyT. Tutora académica del equipo que representa a la UBA en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos, American University, Washington College of Law (2017). Se ha desempeñado en diversas dependencias estatales en el diseño de políticas públicas en materia de género y diversidad sexual, como así también en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Entre sus publicaciones recientes figura “Esclavas en la Guerra: algunas

consideraciones sobre el matrimonio forzado en los conflictos armados”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año I, Nº 2, mayo de 2016.

EMILIANO SENES. Abogado (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Maestrando en Relaciones Internacionales (Facultad de Derecho, UBA). Ayudante de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UBA). Investigador graduado (en formación) en diversos proyectos DeCyT y UBACyT. Fue representante de la UBA en el Concurso de Simulación en Derecho Internacional “Philip C. Jessup”. Se desempeñó como asesor legal en la Dirección de Asuntos Internacionales del ex Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y actualmente está a cargo de la Coordinación de Asuntos Legales de Comercio Interior del Ministerio de Producción.

ALAN D. VOGELFANGER. Abogado (orientación en Derecho Internacional Público) por la UBA. Asesor jurídico en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Miembro del Plenario del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Ex Visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ayudante de segunda de Derechos Humanos y Garantías (Facultad de Derecho, UBA). Práctica profesional realizada en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Pasante de Amnistía Internacional, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y la Asociación por los Derechos Civiles (AdC). Integrante de proyectos de investigación UBACyT y DECyT. Fue representante de la UBA en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos, en el Concurso Jean Pictet sobre Alegatos y Simulación en Derecho Internacional Humanitario, en el Concurso de Simulación en Derecho Internacional “Philip C. Jessup” y en el Concurso de Simulación en Derechos Humanos “Nelson Mandela”. Ex Becario del Programa de Becas Universidad Autónoma de Madrid - Grupo Santander (2011-2012). Becario de la Comisión Fulbright (2017-2018).



Este libro, que recopila los trabajos elaborados en el marco de un proyecto de investigación DECyT, examina las particularidades del múltiple tratamiento jurídico que el derecho internacional la otorga al complejo e inasible fenómeno de la guerra. Así, a partir de la identificación de los límites del llamado “derecho internacional humanitario”, los diferentes capítulos de este volumen analizan los cruces disciplinarios con otros regímenes del derecho internacional, tales como el derecho del medio ambiente, el derecho del uso de fuerza o el derecho internacional penal. Parece evidente que, entre las interacciones y las interferencias, la “fragmentación” del orden jurídico requiere ser debatida para poder entender las complejidades y limitaciones de las normas contemporáneas —hoy puestas en duda de modo reiterado— que resultan aplicables a los conflictos armados.

