



Repensando la subjetividad internacional

Natalia M. Luterstein
(editora)

Carolina S. Anello

Magdalena Bulit Goñi

Emiliano J. Buis

Agostina N. Cichero

Milton Fellay

Sebastián Green Martínez

Ezequiel Heffes

Marcos D. Kotlik

Martín Mollard

Agustín L. Niebuhr

José Ryb

Emiliano Senes

Colección

Serie Académica

∞ SEMPITHIDIA ∞

[Volumen 2]

Buenos Aires

2018

Repensando la subjetividad internacional

Repensando la subjetividad internacional

Natalia M. Luterstein
(editora)

Carolina S. Anello
Magdalena Bulit Goñi
Emiliano J. Buis
Agostina N. Cichero
Milton Fellay
Sebastián Green Martínez
Ezequiel Heffes
Marcos D. Kotlik
Martín Mollard
Agustín L. Niebuhr
José Ryb
Emiliano Senes

Colección
Serie Académica
∞ SEMPITHIDIA ∞
[Volumen II]

Buenos Aires
—2018—

Repensando la subjetividad internacional / Natalia Marina Luterstein ... [et al.] ; editado por Natalia M. Luterstein. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Natalia Marina Luterstein,

2018.

Libro digital, DOCX - (Académica Sempithidia; 2)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-778-952-2

I. Derecho Internacional Público. I. Luterstein, Natalia Marina II. Luterstein, Natalia M., ed.

CDD 341

© Natalia M. Luterstein

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. II)

Director de la Colección: Emiliano J. Buis (ebuis@derecho.uba.ar)

ISBN 978-987-778-952-2

Imagen de portada:

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

Para nuestro amigo Alejandro Turyn

Índice

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Prefacio | 3 |
| <i>La editora</i> | |
| Introducción | 6 |
| <i>Marcos David KOTLIK y José M. RYB</i> | |
| Subjetividad internacional de los Estados fallidos: <i>Quo vadis?</i> | 25 |
| <i>Magdalena BULIT GOÑI y Milton FELLAY</i> | |
| Un único cuerpo, un solo poder: notas sobre la Liga Aquea y el rol jurídico de las organizaciones internacionales en la antigüedad griega | 43 |
| <i>Emiliano BUIS</i> | |
| Los Procesos de Integración: ¿Sujetos de derecho internacional público? | 55 |
| <i>Martin MOLLARD</i> | |
| La concepción formal de los sujetos de derecho internacional y su aplicación a las generaciones futuras | 77 |
| <i>Sebastián A. GREEN MARTÍNEZ</i> | |
| De grupos beligerantes y grupos armados: una revisión de la subjetividad internacional a la luz del derecho internacional humanitario actual | 90 |
| <i>Marcos David KOTLIK</i> | |
| ¿Más allá del <i>ius in bello</i> ? Grupos armados organizados, uso de la fuerza y derecho (inter)nacional | 112 |
| <i>Ezequiel HEFFES</i> | |
| ¿Empresas militares y de seguridad privadas: ¿Sujetos “de” o “al” derecho internacional? Un enfoque alternativo sobre la cuestión | 127 |
| <i>Agostina N. CICHERO y Emiliano A. SENES</i> | |
| Víctimas y perpetradores: Los derechos y obligaciones del individuo en el derecho internacional penal | 141 |
| <i>Natalia M. LUTERSTEIN</i> | |
| La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal: ¿Sujetos de derecho internacional? | 159 |
| <i>Agustín Leonardo NIEBUHR</i> | |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Los tribunales penales internacionales: ¿Sujetos de derecho internacional y/o entidades <i>sui generis</i> ? | 171 |
| <i>Carolina S. ANELLO</i> | |

Prefacio

Este libro reúne los trabajos elaborados en el marco de dos proyectos colectivos UBACyT vinculados entre sí, denominados “**Personalidades conflictivas: aportes para una (de)construcción de la noción de 'sujeto' en el Derecho Internacional**” y “**Subjetividad y participación en instancias internacionales: un análisis jurídico en torno de las intervenciones e interacciones de actores y entidades en el ámbito internacional**”, acreditados y financiados por la Universidad de Buenos Aires durante el bienio 2010-2012 y el trienio 2014-2017, respectivamente, dirigidos sucesivamente por la Prof. Eugenia Contarini, la Prof. Carolina Anello y la Prof. Natalia M. Luterstein.

Los proyectos, integrados por docentes y estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA, trabajaron, en primer lugar, sobre la noción clásica de subjetividad jurídica internacional, entendiéndola como reflejo de un ordenamiento jurídico descentralizado en el cual sólo se reconoce a los Estados soberanos como sujetos originarios o primarios con capacidad plena para la creación, interpretación y aplicación de las normas de ese ordenamiento. Luego, como consecuencia de concluir que dicha noción no da cuenta de la dinámica real de las relaciones jurídicas internacionales en la actualidad, se estudió el accionar de nuevos actores y entidades en el plano internacional a la luz de fenómenos tales como la globalización o la privatización y fragmentación de las capacidades estatales, con el fin de revisar y reformular los alcances, implicancias y vigencia del concepto de subjetividad jurídica internacional.

En la segunda etapa, se trabajó sobre la hipótesis que postulaba que el análisis de la participación en instancias internacionales (tales como jurisdicciones internacionales, espacios de creación de normas, mecanismos de negociación para la resolución de controversias, entre otras) constituye una herramienta más útil y adecuada que la noción de subjetividad internacional para comprender y explicar el funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional y de quienes intervienen en él.

De tal modo, se plantearon como objetivos generales de ambos proyectos la revisión, construcción y redefinición del contenido y alcance del concepto de subjetividad jurídica internacional, así como la proposición de respuestas alternativas que den cuenta de la presencia y relevancia actual de entidades no identificadas tradicionalmente como sujetos del derecho internacional. En particular, se propuso determinar si las distintas capacidades o facultades de participación reconocidas a diversas entidades constituyen una categorización superadora de la dicotomía sujeto-objeto que plantea la noción de subjetividad.

En el capítulo introductorio, **Marcos Kotlik** y **José Ryb** se encargan de presentar las discusiones relativas a la noción de subjetividad, repasando las diferentes teorías y mencionando las propuestas alternativas, con el fin de brindar un marco teórico completo que sirva para la lectura de los trabajos que versan sobre discusiones específicas acerca de la subjetividad y la participación en el derecho internacional.

El trabajo de **Magdalena Bulit Goñi** y **Milton Fellay** plantea un análisis del sujeto de derecho internacional por antonomasia, el Estado, pero examinando una noción no tradicional, como es la de “Estados Fallidos”. A partir de la teoría de la

subjetividad internacional concluyen que el concepto de sujeto no se condice con los derechos y obligaciones que efectivamente pueden asumir este tipo de Estados pero que, sin embargo, siguen siendo considerados por la comunidad internacional como sujetos plenos y originarios del ordenamiento jurídico internacional.

Recurriendo a una perspectiva histórica interesada en los orígenes del derecho internacional en tiempos pre-modernos, **Emiliano Buis** se ocupa de estudiar las fuentes griegas que permiten pensar en la “subjetividad” de las organizaciones inter-*póleis*. Tomando como caso de estudio la documentación disponible sobre la confederación de los aqueos, su trabajo concluye que es posible advertir (incluso antes de la existencia de una noción de “sujeto”) que las federaciones de ciudades-Estado actuaban activamente en la producción y aplicación de normas internacionales.

Martín Mollard trabaja sobre los “Procesos de Integración de carácter económico” observando que, como se trata de un concepto vago y ambiguo, resulta difícil extraer conclusiones de aplicación general respecto de su naturaleza jurídica. En consecuencia, lleva a cabo un análisis detallado de cada proceso, examinando sus características particulares a la luz de la teoría tradicional de la subjetividad.

Sebastián Green Martínez, por su parte, propone un análisis de la noción de “generaciones futuras”, relacionada con la postura denominada “inter-generacional” mediante la cual se considera que los derechos de las generaciones presentes carecen de preeminencia ante los de las generaciones venideras. Para su análisis, utiliza la concepción formal o positivista del sujeto de derecho internacional que permite pensarlo como un concepto completamente abierto, capaz de incluir a todos los entes que hayan adquirido derechos y/o contraído obligaciones de carácter internacional.

Marcos Kotlik examina el paso de la categoría de “grupo beligerante” a la “grupo armado”, afirmando que las concepciones acerca de la subjetividad presentan dificultades para dar cuenta acabadamente del lugar que ocupan los grupos armados y de sus características en el marco normativo provisto por el derecho internacional humanitario actual, utilizando como caso de estudio el Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

También interesado en el estatus y la participación de los grupos armados en el derecho internacional, **Ezequiel Heffes** analiza las obligaciones que tienen por fuera del derecho internacional humanitario y su tratamiento en el marco del *ius ad bellum*, es decir, el derecho que regula el uso de fuerza en el ordenamiento internacional, enfocándose en el caso de los Movimientos de Liberación Nacional.

Por su lado, **Agostina Cichero y Emiliano Senes** utilizan el caso de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas para examinar críticamente la noción clásica de subjetividad, sosteniendo que no refleja la dinámica real de las relaciones jurídicas internacionales pues no tiene en cuenta los nuevos actores del derecho internacional cuando, como requisito *sine qua non*, se exige que les sean atribuidas directamente obligaciones y derechos de carácter internacional.

Trabajando en el ámbito del derecho internacional penal, **Natalia M. Luterstein** analiza el procedimiento ante la Corte Penal Internacional que prevé la participación de los individuos, tanto en el rol de perpetradores como en el rol de víctimas, identificando un vínculo individuo-individuo en el que no participaría el Estado, a los fines de reflexionar acerca de la utilidad del concepto de subjetividad.

En el marco de la misma rama del derecho internacional **Agustín Niebuhr** examina la posibilidad de atribuir responsabilidad internacional de naturaleza penal a las personas jurídicas y cómo ello impacta en la noción de subjetividad internacional.

Finamente, el trabajo de **Carolina Anello** examina la naturaleza jurídica de las jurisdicciones penales internacionales a la luz de la concepción tradicional de la subjetividad, observando, por un lado, que existen diferencias entre ellas que impiden arribar a una conclusión general y, por el otro, que su personalidad jurídica puede surgir tácitamente de las facultades que les reconocen sus instrumentos constitutivos.

Resta señalar que este libro —pensado en un formato electrónico para su difusión sin fines de lucro— continua la Colección *Serie Académica SEMPITHIDIA*, iniciada en 2016, 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.

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

La editora

Introducción: una aproximación inicial a la noción de subjetividad internacional y su evolución

Marcos D. Kotlik y José M. Ryb

La noción de “subjetividad internacional” o “personalidad jurídica internacional”¹ ha sido abordada por numerosos textos académicos, ya sea en obras genéricas de derecho internacional público,² o bien como objeto de estudio específico.³ Muchos de estos trabajos reiteran la doctrina predominante en la actualidad (identificada como clásica o tradicional), sin ahondar en sus aspectos controvertidos. Sin embargo, otras obras⁴ han puesto de manifiesto la trascendencia de ciertas problemáticas que, con frecuencia, entran en tensión con las visiones tradicionales.

En la doctrina predominante, los sujetos de derecho internacional son identificados como entidades capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales.⁵ Esta definición se corresponde con una concepción del derecho internacional que comenzó a consolidarse con la Paz de Westfalia de 1648 y que ha sufrido pocas modificaciones a lo largo del tiempo. Este modelo “representa un régimen autorregulatorio en el que los Estados mismos participan de la formulación de las reglas y resultan sus propios sujetos”.⁶ Desde luego, el concepto y significado de la subjetividad internacional se expandió en el último siglo, permitiendo el reconocimiento de personalidad jurídica internacional a las organizaciones internacionales y a los individuos. Sin embargo, esto no implicó un abandono de la idea clásica del Estado soberano como punto de referencia para evaluar la subjetividad internacional de otras entidades.⁷

En las últimas décadas es posible observar una proliferación de estudios sobre entidades del derecho internacional público distintas de los Estados, incluyendo no sólo a organizaciones internacionales e individuos, sino también a organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales, empresas multinacionales, inversores, compañías privadas de seguridad, tribunales internacionales, organismos de

¹ En este capítulo –como así también a lo largo del libro– se emplean ambos términos de manera indistinta, sin ignorar por ello la existencia de discusiones acerca de las potenciales diferencias existentes. Ver en este sentido MALANCZUK (1997: 91); LINDBLOM (2005: 74-75) y ROSSI (2010: 29).

² Ver entre muchos otros ANZILOTTI (1929); LAUTERPACHT (1955); KELSEN (1965); JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995); MALANCZUK (1997); AUST (2005); BROWNLIE (2008); SHAW (2008).

³ Ver CAFLISH (1973); ARMAS PFIRTER, BARBERIS & QUEROL (1999); NIJMAN (2004); PORTMAN (2010).

⁴ Ver por ejemplo HIGGINS (1994); HOFMANN (1999); NIJMAN (2004); CLAPHAM (2005); WALTER (2009); PORTMANN (2010).

⁵ Ver, por ejemplo, KELSEN (1965); MONCAYO, VINUESA & GUTIÉRREZ POSSE (1990); BROWNLIE (2008); SHAW (2008); WALTER (2009).

⁶ BUIS (2015: 12). Ver también BAKKER & VIERUCCI (2008: 2); BESSON (2009: 359-361); NOORTMANN (2015a: 224); WOODWARD (2010: 109).

⁷ NOORTMANN (2015a: 224). En el mismo sentido ver WOODWARD (2010: 109) y, examinando cómo se construye la legitimidad del derecho internacional, BESSON (2009: 350).

integración, comunidades beligerantes, entre otros.⁸ Sin embargo, esto no siempre es acompañado por una reflexión teórica acabada sobre su naturaleza en tantos sujetos del ordenamiento.

Distintos estudios sobre el tema han procurado reflexionar acerca de la noción de subjetividad internacional en un mundo caracterizado por la diversidad, la multiplicidad de actores y en el que la tecnología ha facilitado la interacción y la participación en numerosas instancias internacionales. Algunos de ellos se identifican como corrientes centradas en la persona humana, formalistas, constitucionalistas, derecho transnacional, escuela crítica, o como una concepción política del derecho. Este fenómeno ha puesto de manifiesto que con el correr del tiempo el término “subjetividad internacional” ha perdido precisión terminológica, claridad y utilidad. Por ese motivo, algunos abordajes teóricos incluso han sugerido reemplazar el término “sujetos” por otros como “actores” o “participantes”, con pretensiones inclusivas más amplias.

Esta obra refleja los resultados de seis años de investigación grupal que ha posibilitado un análisis profundo de la noción de subjetividad internacional. A partir de diferentes casos de estudio, tanto históricos como contemporáneos, se evidencia el modo en el que las dinámicas en el plano internacional se modifican constantemente, incluso cuando las herramientas jurídicas que empleamos para describirlas no resultan suficientes y, muchas veces, a pesar de los constreñimientos que imponen.

Los elementos abordados en las secciones siguientes constituyen, en gran medida, el marco teórico común que ha guiado la elaboración de las contribuciones individuales que conforman esta publicación y que, como podrá apreciarse, justifican las hipótesis y objetivos generales de la investigación, así como las hipótesis y objetivos particulares de cada capítulo. No obstante, debe señalarse que este marco no ha limitado las elecciones metodológicas y teóricas de cada autor/a, ni agota las numerosas aristas y discusiones que es posible examinar en la materia.

1. La noción de subjetividad en el derecho internacional

Al igual que en los ordenamientos jurídicos nacionales, la noción de subjetividad es utilizada en derecho internacional para distinguir entre aquellos actores sociales que el sistema jurídico considera relevantes y aquellos que quedan excluidos de él. El propio sistema determina quiénes poseen derechos y obligaciones y cuáles son los actores cuyas acciones tienen consecuencias jurídicas.⁹

Allí radica la importancia de determinar quiénes son sujetos de derecho internacional, pues esas entidades gozan de derechos y pueden reclamar su protección, a la vez que están vinculadas por obligaciones internacionales y, eventualmente, son pasibles de determinación de su responsabilidad internacional. En cambio, las entidades que no tienen personalidad jurídica no existen para el sistema legal internacional.¹⁰

En los derechos domésticos esta cuestión suele ser clara ya que, generalmente, existen normas que establecen cuáles son los individuos y entidades que tienen

⁸ Ver entre otros SEYERSTED (1964); KOKKINI-IARIDOU & DE WAART (1983); DOMINICÉ (1984); HIGGINS (1991); MENON (1992); HAILBRONNER (1992); BARSH (1994); HIGGINS (1994); HOFMANN (1999); NOWROT (1999); THÜRER (1999); LORITE ESCORIHUELA (2001); KLABBERS (2003); NIJMAN (2004); O'CONNEL (2005); NIJMAN (2007); WALTER (2009); NIJMAN (2010).

⁹ PORTMANN (2010: 5-7). Ver también MALANCZUK (1997: 91).

¹⁰ SHAW (2008: 195).

personalidad jurídica, así como sus capacidades, según diversos criterios.¹¹ En derecho internacional, en cambio, no existe una norma específica que regule esta cuestión.

La mayoría de la doctrina, a la hora adoptar un punto de partida para identificar los sujetos internacionales, suele recurrir a la famosa decisión articulada por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) en la Opinión Consultiva sobre *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* de 1949. En esa oportunidad la CIJ señaló que la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”), en la medida en que es titular de derechos y obligaciones, posee personalidad jurídica internacional y la capacidad para actuar en el plano internacional.¹²

Sin embargo, esto no significa que exista una definición de personalidad jurídica internacional claramente establecida en el ordenamiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan distintas características y elementos del sistema jurídico internacional –como el rol de los Estados, los individuos y otras entidades en el ámbito internacional– para inferir lineamientos acerca de la subjetividad internacional.¹³ Desde luego, esto da lugar a diversas visiones, dependiendo de la posición teórica que se adopte. En este contexto, han surgido distintas teorías acerca de la personalidad jurídica internacional. Roland PORTMAN, en su libro *Legal Personality in International Law*, se ha encargado de clasificarlas en cinco corrientes principales, que fueron tomadas como punto de referencia para esta investigación y que serán expuestas en las próximas secciones. Esto servirá para introducir algunas complejidades relativas a la identificación de diversas entidades como sujetos de derecho internacional, así como las posibles consecuencias de acceder a tal estatus.

2. La teoría de la subjetividad internacional en sus inicios: los Estados como únicos sujetos del ordenamiento

Las primeras formulaciones de la teoría de la subjetividad se originaron en el esquema westfaliano que permitió estructurar al derecho internacional sobre la base del principio de soberanía.¹⁴ De tal modo, esta aproximación estadocéntrica entiende que los únicos sujetos de derecho internacional son los Estados, por lo que existe una identidad entre las consecuencias de la personalidad jurídica internacional y las de la estatalidad.¹⁵ Si bien esta posición teórica ya no encuentra exponentes en la doctrina, es importante en términos históricos y aún tiene relevancia para comprender cómo opera la noción de subjetividad internacional en la actualidad.¹⁶

Desde esta perspectiva, examinada por PORTMANN sobre la base de los escritos de TRIEPEL, ANZILOTTI y OPPENHEIM,¹⁷ el sistema internacional es considerado como una comunidad constituida solamente por Estados, en tanto hayan sido

¹¹ Ver MALANCZUK (1997: 91). Ver por ejemplo Código Civil y Comercial argentino, artículos 22 y ss.; Código Civil de España, artículos 29, 30, 35 y ss.; Código Civil de Filipinas, artículos 37 y ss.

¹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 174, p. 179.

¹³ PORTMANN (2010: 10).

¹⁴ Ver BAKKER & VIERUCCI (2008: 2); BUIS (2015: 12); GREEN (2008: 51); NOORTMANN (2015a: 224), SHAW (2008: 26) y WOODWARD (2010: 109).

¹⁵ PORTMANN (2010: 13 y 42).

¹⁶ PORTMANN (2010: 13).

¹⁷ PORTMANN (2010: 42).

reconocidos como tales por los miembros existentes.¹⁸ En cambio, los individuos u otros actores categorizados como personas jurídicas en los ordenamientos domésticos no integran la comunidad internacional. Dichas entidades privadas son entendidas como objetos, pero nunca sujetos del derecho internacional.¹⁹

En esta línea, como no existen entes superiores a los Estados, las normas jurídicas internacionales sólo pueden emanar de su voluntad²⁰ y regulan exclusivamente su propia conducta.²¹ De tal modo, para garantizar derechos o imponer obligaciones a los sujetos de sus sistemas jurídicos domésticos, los Estados deben transformar sus obligaciones internacionales en derecho nacional.²²

La sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, “CPJI”) en el caso *Mavrommatis* refleja con claridad la postura estadocéntrica. La controversia del caso en cuestión nació a partir de un conflicto relacionado con una concesión de obra pública, entre un nacional griego, el Sr. Mavrommatis, y el gobierno británico. Sin embargo, el gobierno griego tomó el reclamo como propio y lo llevó a la CPJI, que afirmó que los individuos no tienen derechos directos en el sistema jurídico internacional, pero que un Estado puede invocar sus propios derechos internacionales para proteger los intereses de un nacional.²³ Esta afirmación refleja el siguiente razonamiento: sólo los Estados son titulares de derechos y obligaciones internacionales, mientras que los individuos sólo son relevantes para el derecho internacional como nacionales de un Estado, no como entidades independientes.²⁴

En efecto, cuando un Estado hace uso del instituto de la protección diplomática está, en realidad, ejerciendo su propio derecho y convirtiendo la controversia en una disputa internacional. Este análisis, conocido como la fórmula Mavrommatis, representa la clásica expresión de la protección diplomática en derecho internacional²⁵ y fue reafirmado en múltiples ocasiones por la CPJI y la CIJ.²⁶

3. La ampliación de la subjetividad internacional a través del reconocimiento estatal

Hasta comienzos del siglo XX, la concepción de los Estados como sujetos centrales del ordenamiento era generalmente aceptada. Si bien los Estados progresivamente habían comenzado a reconocer la personalidad jurídica internacional de distintas entidades, como la Santa Sede, la Soberana Orden de Malta y el Comité

¹⁸ PORTMANN (2010: 43). Con relación al valor jurídico del reconocimiento de Estados, es preciso notar que en la actualidad predomina la visión que sólo le otorga un efecto declarativo. Ver al respecto MALANCZUK (1997: 82-86).

¹⁹ PORTMANN (2010: 44-46); AUST (2005: 13); MALANCZUK (1997: 91).

²⁰ PORTMANN (2010: 43-44).

²¹ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Caso del S.S. “Lotus” (Francia c. Turquía)*, PCIJ Series A No. 10, sentencia del 7 de septiembre de 1927, p. 18.

²² PORTMANN (2010: 46-47).

²³ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia c. Reino Unido)*, *Jurisdicción*, sentencia del 30 de agosto de 1924 PCIJ Series A No. 2, p. 12.

²⁴ PORTMANN (2010: 65).

²⁵ PORTMANN (2010: 65-67).

²⁶ Ver por ejemplo CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case (Estonia c. Lituania)*, *sentencia del 28 de febrero de 1939* PCIJ Series A/B No. 76, p. 16; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *Segunda Fase*, *sentencia del 6 de abril de 1955* ICJ Reports, p. 4, p. 24.

Internacional de la Cruz Roja,²⁷ esto era tratado como una anomalía que no amenazaba el modo en el que se concebía al sistema jurídico internacional.²⁸ Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XIX y especialmente luego de la finalización de la Primera Guerra Mundial, surgieron nuevos actores en la escena internacional, particularmente las organizaciones internacionales. En ese contexto, se presentó la necesidad de adaptar la concepción estadocéntrica a los cambios institucionales, lo que llevó a autores como STRUPP, CAVAGLIERI y SCHWARZENBERGER a desarrollar la teoría del reconocimiento, con base en la observación de la práctica estatal acerca de la subjetividad.²⁹

Esta visión teórica concibe a los Estados como los sujetos originarios del derecho internacional, pero entiende que otras entidades pueden adquirir subjetividad internacional mediante el reconocimiento implícito o explícito de los Estados. Tales entidades son consideradas sujetos secundarios o de personalidad derivada, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones internacionales de modo análogo a los Estados.³⁰ Sin embargo, se trata de una personalidad jurídica limitada y excepcional, en oposición a la subjetividad amplia e ilimitada de los Estados. En efecto, los alcances de la subjetividad derivada se encuentran directamente ligados al acto de reconocimiento que hayan hecho los Estados y los parámetros dentro de los cuales hayan aceptado que la entidad en cuestión tenga personalidad.³¹

De tal modo, la concepción del reconocimiento se constituye como una modificación de la teoría estadocéntrica, toda vez que presume la primacía de los Estados como sujetos internacionales³² y se afina claramente en una visión voluntarista del derecho internacional.³³ Es decir, es la voluntad estatal la que determina que ciertas entidades sean sujetos de derecho y, por lo tanto, destinatarios de derechos y obligaciones internacionales.³⁴

Pero lejos de ser revolucionaria, esta perspectiva sostiene importantes premisas de la teoría estadocéntrica. En ambas, los Estados son considerados tanto un hecho histórico anterior a la creación de un sistema jurídico, como la autoridad suprema en las relaciones internacionales.³⁵ No resulta sorprendente que este desarrollo se haya producido con relación a las organizaciones internacionales, entidades usualmente conformadas por los propios Estados.³⁶

La ya citada Opinión Consultiva sobre *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* de 1949 es quizás la más célebre decisión que ha sido considerada como una aplicación de la concepción del reconocimiento. En esa oportunidad, la CIJ fue consultada sobre la posibilidad de que la ONU hiciera un reclamo internacional contra Israel para obtener una reparación por daños sufridos en virtud del asesinato de un agente de la organización en Jerusalén. Ante esta pregunta, la CIJ se vio en la necesidad de examinar la capacidad de la organización en términos de

²⁷ Ver, por ejemplo, SHAW (2008: 243-248).

²⁸ BIANCHI (2009: xiv). Ver también LINDBLOM (2005: 63) y NOWROT (1999: 621).

²⁹ PORTMANN (2010: 80).

³⁰ PORTMANN (2010: 13).

³¹ PORTMANN (2010: 83); AUST (2005: 13-14); MALANCZUK (1997: 91-92).

³² PORTMANN (2010: 80 y 90-91).

³³ Ver al respecto CUTLER (2001: 140); GREEN (2008: 51); LACHENMANN (2011: párrafos 3-5).

³⁴ PORTMANN (2010: 13 y 84).

³⁵ PORTMANN (2010: 93).

³⁶ LAUTERPACHT (1970: 136).

sus derechos y obligaciones, es decir, si la ONU tenía personalidad jurídica internacional.³⁷ En su análisis, la CIJ observó las funciones y poderes atribuidos a la organización en su propia Carta y concluyó que –aun cuando no se menciona expresamente en el texto– los Estados le reconocieron subjetividad internacional, en tanto resulta necesaria para alcanzar los fines allí establecidos.³⁸

Asimismo, en uno de los pasajes más citados de la decisión, la CIJ señaló que

“[L]os sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. A lo largo de su historia, el desarrollo del derecho internacional ha sido influenciado por los requerimientos de la vida internacional, y el incremento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ya ha dado lugar a instancias de acción en el plano internacional por parte de ciertas entidades que no son Estados”.³⁹

De tal modo, el razonamiento de la CIJ ha dado lugar a debates acerca de qué otros actores, además de los Estados y las organizaciones internacionales, cuentan con personalidad jurídica internacional, tanto desde la teoría del reconocimiento como desde otras posturas teóricas.⁴⁰

4. La irrupción de los individuos en la teoría de la subjetividad internacional

En los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, el derecho internacional comenzó a examinarse en función de su relación con los seres humanos. Las ideas de BRIERLY, KRABBE y SCALLE fueron retomadas y desarrolladas extensamente por LAUTERPACHT, dando forma a una concepción de la subjetividad internacional centrada en los seres humanos en tanto poseedores de derechos y obligaciones internacionales.⁴¹

Esta teoría critica las concepciones estadocéntricas del derecho internacional, pues entiende que los Estados, en definitiva, están creados y compuestos por individuos, y que no hay otra razón para la existencia de los Estados más que el bienestar de tales individuos.⁴² En este sentido, una de las características salientes de esta visión es su fundamento ético, expresado por LAUTERPACHT en los siguientes términos:

³⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por Daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, op. cit., p. 178.

³⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por Daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, op. cit., 179. Esta postura sobre la subjetividad de las organizaciones internacionales fue sostenida en posteriores oportunidades por la CIJ. Ver por ejemplo CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Legalidad del uso de las Armas Nucleares por un Estado en un Conflicto Armado*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *ICJ Reports 1999*, p. 66, párr. 25, en la que se explica que las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional con capacidad limitada.

³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por Daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, op. cit., p. 178.

⁴⁰ Ver PORTMANN (2010: 102-104).

⁴¹ PORTMANN (2010: 126).

⁴² PORTMANN (2010: 129), BESSON (2009: 361).

“...el principio que los derechos y deberes de los Estados no son más que derechos y deberes del hombre es importante en la medida en que enfatiza la idea –vinculada al progreso del derecho internacional– de que el ser humano es la unidad última y el fin de todo derecho, nacional e internacional, y de que el reconocimiento y protección efectivos de ‘la dignidad y valor de la persona humana’ y el desarrollo de la personalidad humana son el objetivo final del derecho”.⁴³

Entender al sistema jurídico internacional desde este punto de vista tiene varias consecuencias. En primer lugar, como no hay una distinción fundamental entre los intereses de los Estados y los de los individuos que lo componen, las normas internacionales creadas por los Estados apuntan al bienestar de los individuos. Esto permite cuestionar la distinción rotunda –propia de la concepción estadocéntrica– entre el derecho interno y el derecho internacional, ya que ambos son creados por individuos que persiguen los mismos objetivos.⁴⁴ En segundo lugar, como los Estados no son entidades impersonales sino corporaciones de individuos, siempre algunos de ellos son los encargados de representar a toda la comunidad interna. Estos representantes son responsables personalmente por sus acciones y no pueden esconderse detrás de la entidad abstracta del Estado. Entonces, en principio, la responsabilidad internacional puede ser invocada no sólo contra los Estados sino también contra los individuos actuando en su representación.⁴⁵ En tercer lugar, como los Estados son una entidad encargada de procurar el bienestar de los individuos, éstos tienen ciertos derechos fundamentales que otros individuos no pueden violar. En este punto es donde nace la idea de que todos los individuos poseen derechos básicos y también obligaciones en el orden internacional, lo que justifica que sean sujetos de derecho internacional. Sin embargo, no es necesario el reconocimiento de los Estados para otorgarle personalidad jurídica a los individuos, pues es un principio general de derecho que tanto los derechos como las obligaciones son dirigidas en última instancia a los individuos.⁴⁶

Desde luego, esta postura se consolidó a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, “DIDH”) y del derecho internacional penal.⁴⁷ En el caso del DIDH, el desarrollo normativo posterior a la creación de la ONU, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos de 1966 y una variedad de instrumentos jurídicos universales y regionales adoptados desde entonces reflejan precisamente algunas características resaltadas por LAUTERPACHT: la subordinación estatal al orden jurídico internacional y el establecimiento de una relación directa entre los seres humanos y el derecho internacional.⁴⁸ En la actualidad, no puede dejar de mencionarse la creciente capacidad de los seres humanos de presentar reclamos ante instancias internacionales y de participar en actividades relacionadas con el desarrollo del sistema jurídico.⁴⁹

Por su parte, los desarrollos iniciales del derecho internacional penal han provisto uno de los ejemplos jurisprudenciales más importantes de la concepción

⁴³ LAUTERPACHT (1970: 149). SCHELLE (2008 [1932]) y POLITIS (1923) constituyen antecedentes de esta posición. Ver también PORTMANN (2010: 126-127).

⁴⁴ PORTMANN (2010: 130).

⁴⁵ PORTMANN (2010: 130).

⁴⁶ PORTMANN (2010: 131-132).

⁴⁷ LAUTERPACHT (1970: 141-143), BIANCHI (1997: 181-182).

⁴⁸ LAUTERPACHT (1970: 149).

⁴⁹ Ver al respecto MCCORQUODALE (2006: 312-328).

centrada en los seres humanos: los juicios realizados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, creado por el Acuerdo de Londres para el Establecimiento de un Tribunal Militar en 1945. El objetivo del tribunal era juzgar a personas que hubieran actuado defendiendo los intereses del Eje Europeo por la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El 1 de octubre de 1946 sentenció a diecinueve jefes nazis por crímenes internacionales, basándose en el derecho internacional.⁵⁰ Para ello, los jueces tuvieron que reconocer que los individuos tienen obligaciones internacionales y, por lo tanto, son sujetos internacionales.⁵¹ De hecho, frente a la dificultad de que las normas internacionales aparentemente solo obligaban a Estados y no a individuos, el tribunal señaló:

“[E]l derecho internacional impone obligaciones y responsabilidades sobre individuos al igual que sobre Estados, y eso ha sido reconocido ampliamente (...) Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo de individuos que cometieron esos crímenes las normas de derecho internacional pueden hacerse cumplir.”⁵²

Con esta afirmación, el tribunal dejó en claro que la responsabilidad individual por la comisión de crímenes internacionales ya se encontraba establecida en el derecho internacional.⁵³

Estos juicios crearon el antecedente más importante para que hoy en día numerosos tribunales penales, internacionales e híbridos, juzguen individuos por la comisión de crímenes internacionales.⁵⁴ A comienzos de la década de 1990, el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fueron creados para juzgar crímenes internacionales cometidos en el contexto de sendos conflictos armados.⁵⁵ Dichos tribunales también han manifestado en sus sentencias que la responsabilidad individual se encuentra implícita en las normas sobre crímenes internacionales.⁵⁶ Finalmente, en 1998 se adoptó el Estatuto de Roma,⁵⁷ que tuvo en cuenta todo el desarrollo jurídico anterior para crear la Corte Penal Internacional, el primer tribunal internacional penal de carácter permanente, facultado “para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional”.⁵⁸

⁵⁰ TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, “In re Goering y otros”, *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 22, sentencia del 1 de octubre de 1946.

⁵¹ PORTMANN (2010: 154).

⁵² TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, op.cit., pp. 446-447.

⁵³ PORTMANN (2010: 157).

⁵⁴ PORTMANN (2010: 155).

⁵⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución UN Doc. S/RES/827 (1993); y Resolución UN Doc. S/RES 955 (1994).

⁵⁶ Ver TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Tadic, Sala de Apelaciones, “*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*” del 2 de octubre de 1995, párrafos 128 y 1299; Fiscal c. Furundzija, Sala de Juicio, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrafos 140 y 169; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Fiscal. Jean-Paul Akayesu Sala de Juicio I, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafos 611-617.

⁵⁷ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, entrada en vigencia el 1 de julio de 2002.

⁵⁸ Estatuto de Roma, artículo 1.

En la doctrina contemporánea, esta visión teórica sigue reflejada en múltiples trabajos académicos. NIJMAN, por ejemplo, propone una reconceptualización de la personalidad jurídica internacional, entendiendo a esta última como una parte de la identidad ética-jurídica del ser a nivel individual o colectivo, esto es, una ficción formal que provee protección en un plano externo, pues se trata de un concepto que vincula el derecho y la justicia.⁵⁹ También Portmann considera que esta concepción ofrece una explicación sobre el rol de los individuos a la luz de los principios fundamentales del derecho internacional, aunque en su opinión es necesario también recurrir a una concepción formalista para dar cuenta del rol de otras entidades.⁶⁰

5. La subjetividad internacional como descripción: la concepción formalista

La teoría formalista no presume la calidad de sujeto internacional de ninguna entidad. En cambio, considera que aquellas a las que se le impute una norma jurídica, ya sea que se trate de un derecho o una obligación, tienen personalidad jurídica internacional. En este sentido, no existen límites apriorísticos acerca de qué entidades pueden adquirir personalidad internacional. Desde esta óptica, la subjetividad no es una precondition para la adquisición de derechos u obligaciones, sino su consecuencia.⁶¹

Además, no hay implicancias legales concretas que se deriven directamente de la posesión de personalidad jurídica internacional.⁶² En este sentido, no hay derechos fundamentales, deberes o capacidades ligados intrínsecamente a la condición de sujeto. Todos los poderes y competencias de los sujetos son determinados por normas particulares a tal efecto, no por el concepto de personalidad internacional en sí mismo.⁶³

De hecho, la personalidad jurídica internacional no es considerada como un concepto perteneciente al derecho positivo, sino una mera descripción por parte de la doctrina, que opera *a posteriori*. Por lo tanto, ser un sujeto internacional solo tiene relevancia descriptiva, reflejando que una serie de norma legales le son imputadas a una entidad determinada.⁶⁴

En definitiva, al igual que todas las normas jurídicas, las internacionales tienen el objetivo de regular la conducta de seres humanos. KELSEN, cuyo desarrollo doctrinario es fundamental para la concepción formalista, afirma que

“[t]oda ley es la regulación de una conducta humana. La única realidad social a la que las normas jurídicas pueden referirse es a la relación entre seres humanos. Entonces, una obligación jurídica, así como un derecho, no pueden tener por contenido nada que no sea la conducta de un individuo. Entonces, si el derecho internacional no obligara y autorizara a individuos, las obligaciones y derechos estipuladas por el derecho internacional no tendrían contenido alguno y el derecho internacional no obligaría o autorizaría a nadie ni nada.”⁶⁵

⁵⁹ NIJMAN (2007: 31).

⁶⁰ PORTMANN (2010: 271).

⁶¹ PORTMANN (2010: 173-174).

⁶² PORTMANN (2010: 173); LINDBLOM (2005: 88).

⁶³ PORTMANN (2010: 176).

⁶⁴ PORTMANN (2010: 173-174).

⁶⁵ KELSEN (1945: 342), citado en PORTMANN (2010: 174).

Sin embargo, el hecho de que para la concepción formalista las normas internacionales regulen siempre la conducta humana, no implica que no existan otros sujetos de derecho internacional. La mayoría de las normas internacionales no están dirigidas a regular las conductas de los individuos en su esfera privada, sino sus acciones como funcionarios de un órgano corporativo. En estos casos, los actos jurídicos de los individuos son atribuibles al órgano, por ejemplo al Estado u otra forma de organización colectiva que corresponda. En esta línea, los Estados y otros órganos corporativos se convierten en sujetos internacionales cuando una norma internacional es dirigida hacia un individuo cuya conducta es atribuible al órgano.⁶⁶

Pero las normas internacionales no regulan únicamente las conductas de los individuos en su carácter de representantes o miembros de un órgano colectivo, también buscan regular su conducta cuando ésta no es atribuible a ningún organismo. En estos casos, los individuos son directamente sujetos internacionales.⁶⁷

El caso *LaGrand* es uno de los primeros en analizar la subjetividad internacional bajo la óptica de la concepción formalista. Allí, la CIJ se vio en la necesidad de analizar si las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante, “CVRC”), además de conferir derechos y obligaciones a las partes en el tratado, también le atribuía derechos a los individuos. En este sentido, la CIJ afirmó que el “Artículo 36, párrafo 1(b), anuncia las obligaciones que el Estado receptor tiene en favor de las personas detenidas y el Estado de la nacionalidad de ellas”.⁶⁸ Seguidamente, analizando la redacción del artículo mencionado, entendió que la CVRC le confería un derecho directo de información a los individuos. Es decir, la CIJ sostuvo que el artículo 36 (1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares crea derechos individuales.⁶⁹ Esta decisión ha sido utilizada para afirmar que los individuos son sujetos de derecho internacional, reflejando una manifestación de la concepción formal de la subjetividad internacional.⁷⁰

6. La sustitución de la noción de subjetividad: la “participación” en instancias internacionales

La concepción política del derecho (o escuela de New Haven⁷¹) ha propuesto reemplazar el concepto de “subjetividad internacional” por el de “participantes” en instancias internacionales.

Para esta teoría, el derecho es un proceso social dinámico y es analizado sistemáticamente en términos de quiénes se involucran (participantes), las dimensiones

⁶⁶ PORTMANN (2010: 175). Ver en este sentido ARMAS PFIRTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 20).

⁶⁷ PORTMANN (2010: 175).

⁶⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio del 2001, *ICJ Reports 2001*, p. 466, párrafo 77.

⁶⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso *LaGrand op.cit.*, párrafo 77.

⁷⁰ PORTMANN (2010: 197).

⁷¹ Conocida con este nombre porque fue desarrollada luego de la Segunda Guerra Mundial por Myres MCDUGAL y Harold LASSWELL, profesores en la Universidad de Yale, cf. REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 575- 576). En la categorización propuesta por PORTMANN esta visión es denominada “concepción de los actores”, término también empleado para referirse a los “participantes”. Cf. PORTMANN (2010: 208- 213).

subjetivas que los impulsan (perspectivas), las situaciones en las que interactúan, los recursos que usan, los estrategias empleadas para utilizar esos recursos, así como de los resultados agregados de los procesos de interacción.⁷² Es decir, las perspectivas y estrategias de diversos actores se integran en un proceso continuo de toma de decisiones “autoritativas”.⁷³ De tal modo, una variedad de participantes busca maximizar valores⁷⁴ que reflejan los derechos humanos que la humanidad en su conjunto protege o deja de proteger.⁷⁵ El objetivo de esta perspectiva teórica es lograr un orden mundial de la dignidad humana, definido como aquel que mejor se aproxime al acceso óptimo por parte de todos los seres humanos a aquellos valores.⁷⁶

Así, mientras la definición del derecho internacional como un conjunto de normas (una acumulación de decisiones tomadas en el pasado) impide lidiar con un mundo políticamente cambiante,⁷⁷ la propuesta de la escuela de New Haven lo ubica, en cambio, en el marco de un contexto social a escala global que comprende a todas las comunidades del planeta, que se penetran y estimulan mutuamente.⁷⁸ Se comprende, entonces, que uno de los méritos de esta escuela (compartido con ciertas aproximaciones sociológicas) es haber resaltado que “la dinámica social y la estructura del sistema jurídico internacional, por un lado, y sus sujetos/actores, por el otro, son ‘mutuamente constitutivos’”.⁷⁹

En efecto, la concepción política del derecho, a tono con su base antropológica, propone identificar a todas las entidades (grupos o individuos) que sean, de hecho, actores en cada contexto del proceso social de toma de decisiones.⁸⁰ MCDUGAL, LASSWELL y REISMAN han señalado que los actores o participantes son individuos o entidades que tienen por lo menos un acceso mínimo al proceso de autoridad, siendo

⁷² REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 577).

⁷³ Las decisiones son “autoritativas” sólo en virtud de la presencia conjunta de elementos de autoridad y de poder. Aquí la autoridad está definida como estructuras de expectativas con relación a la identidad y la competencia de los decisores, mientras que el poder (control) se refiere a las expectativas sobre la efectividad de la decisión, sea o no autorizada. MCDUGAL & LASSWELL (1959: 1 y 9). El control, de esta manera, comprende la disponibilidad de sanciones ante su incumplimiento. WOODWARD (2010: 132). Si una decisión no tiene autoridad, el derecho internacional será lisa y llanamente una expresión de poder, mientras que si la decisión no es acompañada por el poder, será una mera ilusión. CHEN (2015: 17). Estas decisiones, además, se producen de forma continua, proyectando un flujo que permite dar forma y compartir valores comunitarios. REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 579- 580). Ver también MCDUGAL (1956: 53-72).

⁷⁴ HIGGINS (1991: 81).

⁷⁵ Ver MCDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 837) y MCDUGAL, LASSWELL & CHEN (1977: 477). En rigor, estos valores se presentan como abstracciones que pueden identificarse con el contenido de los derechos humanos, y son definidos del siguiente modo: i) respeto: libertad de elección, igualdad y reconocimiento; ii) poder: tomar e influenciar las decisiones comunitarias; iii) ilustración: reunir, procesar y diseminar información y conocimiento; iv) bienestar: seguridad, salud y comodidad; v) riqueza: producción, distribución y consumo de bienes y servicios, así como control de los recursos; vi) habilidades: adquisición y puesta en práctica de capacidades (vocacionales, profesionales, artísticas); vii) afecto: intimidad, amistad, lealtad, sentimientos positivos; viii) rectitud: participación en la formación y aplicación de normas de conducta responsable. Cf. CHEN (2015: 16). Sobre las complejidades que implica la identificación de valores o intereses comunitarios, ver PAULUS (2012) y CASSESE (2012).

⁷⁶ REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 576). Sobre la identificación de la dignidad con los derechos humanos, ver NOWAK & JANUSZEWSKI (2015: 125-128).

⁷⁷ HIGGINS (1991: 25).

⁷⁸ MCDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 808).

⁷⁹ BIANCHI (2009: xv).

⁸⁰ MCDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 816).

capaces de presentar demandas (*claims*) o quedar sujeto a demandas presentadas por otros.⁸¹ En este sentido, los participantes en cualquier proceso de toma de decisiones son tanto aquellos a los que se atribuye alguna competencia formal para tomar una decisión como otros actores que, a pesar de no tener dicha competencia, pueden tener un rol importante al influenciar las decisiones.⁸²

Por lo tanto, cualquier grupo de individuos,⁸³ constituido voluntaria o involuntariamente,⁸⁴ puede desarrollar funciones en el marco del proceso de toma de decisiones a nivel internacional. Así, es posible observar que el concepto de participantes es ampliamente inclusivo y no discriminatorio,⁸⁵ reflejando un proceso mundial de democratización en el que son englobados Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y otras asociaciones, partidos políticos, grupos de presión, individuos,⁸⁶ e incluso grupos constituidos con fines criminales.⁸⁷

A su vez, las interacciones significativas entre los diferentes participantes incluyen no sólo a los tradicionales espacios adjudicativos, legislativos o ejecutivos, sino también una variedad de instancias con diferentes grados de centralización, organización, formalidad y especialidad.⁸⁸ En cada uno de estos espacios, cada grupo o individuo tendrá diferentes posibilidades de emplear recursos y desplegar estrategias⁸⁹ (es decir, diferentes posibilidades de participación), dependiendo de su poder fáctico, ya que no hay una regla jurídica que confiera tal capacidad. De este modo, los participantes relevantes para cada asunto a nivel internacional podrán variar,⁹⁰ pero resulta ineludible aceptar que existe un espectro que excede ampliamente la sola consideración de los Estados.⁹¹

Este escenario no implica desconocer que, en la actualidad, los Estados siguen siendo los actores más relevantes del sistema jurídico internacional.⁹² Pero sí se admite que no son “entidades impermeables y aisladas”, pues su monopolio como fuente de autoridad está siendo desarticulado.⁹³ Asimismo, se reconoce que el Estado es una

⁸¹ MCDUGAL, LASSWELL & REISMAN (1967: 262).

⁸² REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 578).

⁸³ Desde esta perspectiva, un grupo puede definirse como un agregado de individuos que comparten ciertas expectativas acerca del pasado y del futuro, identificaciones y demandas comunes. MCDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 831). Puesto de manera más simple, los participantes grupales son formas de asociación a través de las cuales los individuos cooperan para lograr sus demandas. Cf. CHEN (2015: 96).

⁸⁴ MCDUGAL, LASSWELL & CHEN (1977: 479).

⁸⁵ NOORTMANN (2010: 162).

⁸⁶ CHEN (2015: 23).

⁸⁷ MCDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 818-830).

⁸⁸ REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 578).

⁸⁹ Los recursos comprenden tanto elementos de poder efectivo como símbolos de autoridad y son empleados a través de estrategias que van desde lo persuasivo hasta lo coercitivo, incluyendo instrumentos diplomáticos, ideológicos, económicos y militares. Ver MCDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 888) y REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 578).

⁹⁰ REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 579).

⁹¹ SUZUKI (2015: 35).

⁹² HIGGINS (1991: 68).

⁹³ MCDUGAL & CHEN (1981: 340). En esta línea, RYNGAERT (2010: 80-81) ha sugerido que los actores no estatales no dependen exclusivamente de las relaciones de poder impuestas por parte de los Estados, sino que existe una relación dialéctica en la que los primeros también pueden, por distintos motivos, presionar de tal modo que, en algún momento, su participación en diversos ámbitos sea inevitable.

institución humana, una entre muchas estructuras o procesos que los individuos desarrollan para proteger y llevar a cabo sus intereses.⁹⁴ En esta línea, el individuo continúa siendo, en última instancia, el actor de toda interacción social, identificándose y afiliándose con un amplio espectro de grupos que presenta demandas en su nombre.

La noción de participantes, entonces, invita a repensar el modo en el que se examina la intervención de múltiples actores en diferentes ámbitos de la escena internacional. Ahora bien, su adopción no implica necesariamente aceptar todos los presupuestos teóricos de la escuela de New Haven. En efecto, diversas aproximaciones teóricas han recurrido a ella para cuestionar (y, a veces, sustituir) la idea de subjetividad internacional, procurando englobar las dinámicas actuales del derecho internacional en toda su magnitud, particularmente aquellas relativas a su creación.⁹⁵

D'ASPREMONT, por ejemplo, adopta una visión neoformalista que acepta el rol instrumental de múltiples actores no estatales en la construcción de una semántica comunitaria,⁹⁶ esto es, la práctica social que dota de significado a los criterios empleados para afirmar la existencia de una norma jurídica internacional.⁹⁷ De este modo, si bien el papel de las entidades no estatales (a diferencia de los Estados) no ha sido reconocido en términos de capacidades formales,⁹⁸ el empleo del vocablo participantes refleja un entendimiento del derecho internacional no sólo como un sistema de normas jurídicas, sino también como una práctica discursiva, y permite actualizar el lenguaje descriptivo de la dinámica regulatoria, sin por ello modificar las categorías existentes en el marco de la concepción formalista de la subjetividad.⁹⁹

No obstante, NOORTMAN observa que la combinación de elementos positivistas y de la visión política del derecho acarrea falencias conceptuales que, probablemente, causen un retorno a la dicotomía sujeto-objeto.¹⁰⁰ En este sentido, retoma la idea de BOYLE y CHINKIN quienes, desde una perspectiva crítica, emplean la noción de participación para reconocer la variedad de actores involucrados en la creación de derecho internacional.¹⁰¹ Pero NOORTMAN da un paso más allá, sugiriendo la necesidad de formular un lenguaje contrahegemónico¹⁰² y sosteniendo la existencia de un derecho transnacional –un sistema jurídico independiente pero parcialmente superpuesto con los derechos internos, el derecho internacional público y el derecho internacional privado– en el que participantes estatales y no estatales interactúan.¹⁰³ El empleo de la noción de participantes, aun cuando no implica modificar todo el lenguaje jurídico, redefine su empleo y engloba las acciones y opiniones formuladas por entidades no estatales en la formulación, interpretación e implementación de las normas de la sociedad transnacional.¹⁰⁴

⁹⁴ CHEN (2015: 95).

⁹⁵ Sobre la influencia de la escuela de New Haven ver HATHAWAY (2007).

⁹⁶ D'ASPREMONT (2015: 20).

⁹⁷ D'ASPREMONT (2011b: 23-25); D'ASPREMONT (2015: 14-16).

⁹⁸ D'ASPREMONT (2010: 178) y D'ASPREMONT (2011a: 4).

⁹⁹ D'ASPREMONT (2010: 187) y D'ASPREMONT (2015: 12-13). Ver también MCCORQUODALE (2004), quien emplea la noción de participantes de manera similar, para desarrollar la idea de un sistema jurídico internacional inclusivo.

¹⁰⁰ NOORTMANN (2010: 165).

¹⁰¹ BOYLE & CHINKIN (2007: 44).

¹⁰² NOORTMANN (2010: 161).

¹⁰³ NOORTMANN (2015b: 68).

¹⁰⁴ NOORTMANN (2010: 161-164).

De tal modo, el recurso a la noción de participantes por parte de corrientes teóricas distintas a la escuela de New Haven ha condicionado su utilidad al vincularla nuevamente a la separación entre lo formal y lo informal, o bien ha logrado escapar de la lógica dicotómica pero abandonando la esfera del derecho internacional al abordar las actividades de los actores no estatales. En este sentido, es materia de discusión hasta qué punto la referencia a la participación en instancias internacionales puede conservar su significado o implicar un giro lingüístico significativo si se la emplea fuera del marco teórico en el que fue concebida.

7. La persistente necesidad de revisar la noción de subjetividad internacional

Resulta innegable que la concepción tradicional de la subjetividad internacional, anclada en el esquema westfaliano, sigue siendo la visión predominante. Desde luego, a lo largo del tiempo ha cedido terreno lentamente a los desarrollos modernos del derecho internacional.¹⁰⁵ No obstante, la tradición positivista ha intentado ajustarse a los tiempos que corren, mediante la combinación de elementos formalistas y de la teoría del reconocimiento,¹⁰⁶ aunque sin dejar de sostener un paradigma estadocéntrico y voluntarista.¹⁰⁷ Sin dudas, esto ha sido facilitado desde la propia esfera estatal, pues ha permitido que los Estados retengan el control sobre los procesos de desarrollo e implementación normativa internacional.¹⁰⁸

Incluso si se considera que el formalismo ha reemplazado a las visiones estadocéntricas, al afirmar que es sólo la atribución de derechos u obligaciones internacionales a una entidad lo que la constituye como sujeto internacional, no es realmente posible evitar el rol predominante que el sistema jurídico internacional otorga exclusivamente a los Estados. Es que formalmente la creación de derechos y obligaciones internacionales, así como su atribución a otras entidades, siguen reservadas a los Estados, que conservan de esta manera el poder de determinar el grado de capacidad de los restantes sujetos.¹⁰⁹

Este proceso de adaptación, sin embargo, no parece haber considerado adecuadamente las consecuencias teóricas de sus propios cambios estructurales.¹¹⁰ En efecto, no han logrado impedir que sigan produciéndose numerosos debates acerca de la personalidad jurídica de una variedad de entidades.¹¹¹ En algunas ocasiones esto se manifiesta, aun en la actualidad, en la consideración de los nuevos sujetos como casos excepcionales.¹¹²

Como ha sido reseñado, estas discusiones han sido acompañadas e incentivadas por nuevas aproximaciones teóricas al derecho internacional, generalmente provenientes de ámbitos alejados del control estatal como el campo académico o la sociedad civil, que han propuesto formas distintas de entender la subjetividad internacional, de lidiar con las insuficiencias propias de la noción, o incluso de reemplazarla. No obstante, con

¹⁰⁵ LAUTERPACHT (1970: 136).

¹⁰⁶ Ver al respecto BEN-ARI (2012: 98-99); LINDBLOM (2005: 88) y ROSSI (2010: 32-33 y 53-56).

¹⁰⁷ NIJMAN (2010: 102-103).

¹⁰⁸ BIANCHI (1997: 182).

¹⁰⁹ D'ASPROMONT (2010: 178-179); HOLLIS (2002: 250) y BYERS (1999: 75).

¹¹⁰ GREEN (2008: 51).

¹¹¹ KLABBERS (2003: 352).

¹¹² Ver al respecto GREEN (2008: 51).

frecuencia estos abordajes se han enfrentado a la dificultad de participar en las discusiones empleando herramientas teóricas desarrolladas precisamente a partir del esquema westfaliano.

El estado de la cuestión aquí descripto evidencia, entonces, la necesidad de un análisis metodológico y sistémico adecuado que sirva de base para desentrañar la evidente tensión entre la realidad, pasada y futura, de las relaciones internacionales con las nociones tradicionales del derecho internacional en torno a la cuestión de la subjetividad internacional. Este análisis debe incluir el estudio de diferentes “instancias internacionales”, comprendiendo por tales todos aquellos ámbitos en los cuales es posible que diversos actores o entidades internacionales participen activamente, por ejemplo: espacios de creación de normas, mecanismos de negociación, conferencias diplomáticas, regímenes formales e informales de control de cumplimiento de normas, foros regionales y multilaterales.

Tal como se evidencia en los capítulos siguientes, esto implica, por un lado, una propuesta de alcances interdisciplinarios, que pretende un cruce con otros campos de conocimiento, como la filosofía, la política, o la historia, con el fin de hallar nuevos modos y elementos de reflexión acerca de la noción jurídica de subjetividad y cuestionar el perfil legitimante de una concepción estadocéntrica. Asimismo, dentro del ámbito del derecho internacional, la incorporación de las diferentes áreas especializadas y la consideración de sus particularidades constituye un ejercicio ineludible. En tal sentido, se ha prestado especial atención a subórdenes normativos como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional penal y el derecho de la integración.

Es preciso resaltar, sin por ello adelantar las conclusiones particulares de cada capítulo, que la investigación grupal en torno de la noción de subjetividad internacional permitió apreciar que la relación entre la determinación o atribución de personalidad jurídica internacional, las capacidades de cada actor/sujeto y el acceso que estas entidades tienen a diversas instancias internacionales, se encuentra poco explorada por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

Bibliografía

Bibliografía Crítica o Secundaria

- ANZILOTTI, D. (1929) *Cours de Droit International*, Vol. I, París: Recueil Sirey.
- ARMAS PFIRTER, F., BARBERIS, J. & QUEROL, M. (1998) *Sujetos del derecho de gentes*, Buenos Aires: Ábaco.
- AUST, A. (2005) *Handbook of International Law*, Nueva York: Cambridge University Press.
- BAKKER, C. & VIERUCCI, L. (2008) “Introduction: a normative or pragmatic definition of NGOs?”, en DUPUY, P.-M. & VIERUCCI, L. (eds.) *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 1-17.
- BARSH, R. (1994) “Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 7, pp. 33- 86.
- BEN-ARI, R. (2012) *The Normative Position of International Non-Governmental Organizations under International Law. An Analytical Framework*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.

- BESSON, S. (2009) "The Authority of International Law - Lifting the State Veil", *Sydney Law Review*, Vol. 31, pp. 343- 380.
- BIANCHI, A. (1997) "Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors", en TEUBNER, G. (ed.) *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, pp. 179-211.
- BIANCHI, A. (2009) "Introduction: Relativizing the Subjects or Subjectivizing the Actors: Is That the Question?", en BIANCHI, A. (ed.) *Non-state actors in international law*, Farnham/Burlington: Ashgate, p. xi- xxx.
- BOYLE, A. & CHINKIN, C. (2007) *The Making of International Law*, Oxford: University Press.
- BROWNLIE, I. (2008) *Principles of Public International Law*, 7ª ed., Oxford: Clarendon Press.
- BUIS, E. (2015) "El Derecho Internacional Público: Concepto, características y evolución histórica", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Errejus, pp. 1- 21.
- BYERS, M. (1999) *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge: University Press.
- CAFLISH, L. (1973) *Les sujets du droit international*, Ginebra: Droz.
- CASSESE, A. (2012) "A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights", en CASSESE, A. (ed.) *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: University Press, pp. 136- 143.
- CLAPHAM, A. (2005) *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford: University Press.
- CHEN, L. (2015) *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy-Oriented Perspective*, 3ª ed., Nueva York: Oxford University Press.
- CUTLER, A. (2001) "Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organizations: A Crisis of Legitimacy", *Review of International Studies*, Vol. 27, pp. 133- 150.
- D'ASPREMONT, J. (2010) "International Law-Making by Non-State Actors: Changing the Model or Putting the Phenomenon into Perspective?", en NOORTMANN, M. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actor Dynamics in International Law. From Law-Takers to Law-Makers*, Ashgate: Farnham/Burlington, pp. 171- 194.
- D'ASPREMONT, J. (2011a) "Introduction: non-state actors in international law: oscillating between concepts and dynamics", en D'ASPREMONT, J. (ed.) *Participants in the International Legal System. Multiple perspectives on non-state actors in international law*, Londres/Nueva York: Routledge, pp. 1- 21.
- D'ASPREMONT, J. (2011b) "Non-state actors from the perspective of legal positivism: the communitarian semantics for the secondary rules of international law", en D'ASPREMONT, J. (ed.) *Participants in the International Legal System. Multiple perspectives on non-state actors in international law*, Londres/Nueva York: Routledge, pp. 23- 40.
- D'ASPREMONT, J. (2015) "Non-State Actors and the Social Practice of International Law", en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 11- 31.
- DOMINICE (1984) "La personnalité juridique internationale du CICR", en SWINARSKI, C. (ed.) *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge: en l'honneur de Jean Pictet*, Ginebra: Martinus Nijhoff, pp. 663- 674.
- GREEN, F. (2008) "Fragmentation in Two Dimensions: The ICJ's Flawed Approach to Non-State Actors and International Legal Personality", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9, pp. 47- 77.
- HAILBRONNER, K. (1992) "The Legal Status of Population Groups in a Multinational State under Public International Law", en DINSTEIN, Y. (ed.) *The Protection of Minorities and Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 117- 144.

- HATHAWAY, O. (2007) "The Continuing Influence of the New Haven School", *Yale Journal of International Law*, Vol. 32, pp. 553- 558.
- HIGGINS, R. (1991) "International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, Vol. 230, (1991-V), pp. 9- 341
- HIGGINS, R. (1994) *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press.
- HOFMANN, R. (ed.) (1999) *Non-State Actors as New Subjects of International Law: International Law-from the Traditional State Order towards the Law of the Global Community: Proceedings of an Internatoinal Symposium of the Kiel-Walter Schucking*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HOLLIS, D. (2002) "Private actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty", *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 25, pp. 235- 255.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1995) *Curso de Derecho Internacional*, Madrid: Fundación de Cultura Universitaria.
- KELSEN, H. (1945) *General Theory of Law and State*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- KELSEN, H. (1965) *Principios de Derecho Internacional Público* (Hugo Caminos & Ernesto Hermida, trad.), Buenos Aires: El Ateneo.
- KLABBERS, J. (2003) "(I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors", en PETMAN, J. & KLABBERS, J. (eds.) *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, pp. 351- 369.
- KOKKINI-IATRIDOU, D. & DE WAART, P. (1983) "Foreign Investments in Developing Countries: Legal Personality of Multinationals in International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 14, pp. 87- 131.
- LACHENMANN, F. (2011) "Legal Positivism", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: University Press.
- LAUTERPACHT, H. E. (1955) *Oppenheim's International Law*, 8ª ed., Londres: Longmans, Green & Co.
- LAUTERPACHT, H. (1970) "The Subjects of International Law", en Lauterpacht, E. (ed.) *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Volume I: The General Works*, Cambridge: University Press, pp. 136- 150.
- LINDBLOM, A.-K. (2005) *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge: University Press.
- LORITE ESCHORIHUELA, A. (2001) "Le Comité International de la Croix-Rouge comme organisation sui generis: Remarques sur la personnalité juridique international du CICR", *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 105, pp. 581- 616.
- MALANCZUK, P. (1997) *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. revisada, Londres/Nueva York: Routledge.
- MCCORQUODALE, R. (2004) "An Inclusive International Legal System", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, pp. 477- 504.
- MCCORQUODALE, R. (2006) "The Individual and the International Legal System", en EVANS, M. (ed.) *International Law*, 2ª ed., Oxford: University Press, pp. 312-328.
- MCDOUGAL, M. (1956) "Law as a Process of Decision: A Policy-Oriented Approach to Legal Study", *Natural Law Forum*, Vol. 1, pp. 53- 72.
- MCDOUGAL, M. & CHEN, L. (1981) "Introduction: Human Rights and Jurisprudence", *Hofstra Law Review*, Vol. 9, N°2, pp. 337- 346.
- MCDOUGAL, M. & LASSWELL (1959) "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", *American Journal of International Law*, Vol. 53, pp. 1- 29.

- MCDUGAL, M., LASSWELL, H. & CHEN, L. (1977) "The Social Setting of Human Rights: The Process of Deprivation and Non-Fulfillment of Values", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 46, pp. 477- 554.
- MCDUGAL, M., LASSWELL, H. & REISMAN, M. (1967) "The World Constitutive Process of Authoritative Decision", *Journal of Legal Education*, Vol. 19, N°3, pp. 253- 300.
- MCDUGAL, M., REISMAN, W. & WILLARD, A. (1988) "The World Community: A Planetary Social Process", *University of California, Davis Law Review*, Vol. 21, pp. 807- 972.
- MENON, P. (1992) "International Organizations as Subjects of International Law", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Vol. 70, N°1, pp. 61- 81.
- MONCAYO, G., VINUESA, R. & GUTIÉRREZ POSSE, H. (1990) *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Buenos Aires: Zavalía.
- NIJMAN, J. (2004) *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, La Haya: TMC Asser.
- NIJMAN, J. (2007) "Paul Ricoeur and International Law: Beyond 'The end of the Subject'. Towards a Reconceptualization of International Legal Personality", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, pp. 25- 64.
- NIJMAN, J. (2010) "Non-State Actors and the International Rule of Law: Revisiting the 'Realist Theory' of International Legal Personality", en NOORTMANN, M. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors Dynamics in International Law. From Law-Takers to Law-Makers*, Farnham/Burlington: Ashgate, pp. 91- 124.
- NOORTMANN, M. (2010) "Understanding Non-State Actors in the Contemporary World Society: Transcending the International, Mainstreaming the Transnational, or Bringing the Participants Back In?", en NOORTMANN, M. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actor Dynamics in International Law. From Law-Takers to Law-Makers*, Farnham/Burlington: Ashgate, pp. 153- 170.
- NOORTMANN, M. (2015a) "Non-Governmental Organisations: Recognition, Roles, Rights and Responsibilities", en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 205-224.
- NOORTMANN, M. (2015b) "Transnational Law: Philip Jessup's Legacy and Beyond", en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 57- 74.
- NOWAK, M. & JANUSZEWSKI, K. (2015) "Non-State Actors and Human Rights", en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 113- 161.
- NOWROT, K. (1999) "Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 6, N°2, pp. 579- 645.
- O'CONNEL, M. (2005) "Enhancing the Status of Non-State Actors through a Global War on Terror", *Columbia Journal of Transnational Law* Vol. 43, pp. 435- 458.
- PAULUS, A. (2012) "Whether Universal Values can Prevail over Bilateralism and Reciprocity", en CASSESE, A. (ed.) *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: University Press, pp. 89- 104.
- POLITIS, N. (1923) "La condition juridique des associations internationales", Rapport préliminaires et avant-projet de convention internationale, Quatorzième Commission de l'Institut de Droit International, Session de Bruxelles, *Journal du droit international (Clunet)*, Vol. 50, pp. 465- 487.
- PORTMANN, R. (2010) *Legal Personality in International Law*, Cambridge: University Press.
- REISMAN, M., WIESSNER, S. & WILLARD, A. (2007) "The New Haven School: A Brief Introduction", *Yale Journal of International Law*, Vol. 32, pp. 575- 582.
- ROSSI, I. (2010) *Legal Status of Non-Governmental Organizations in International Law*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia.

- RYNGAERT, C. (2010) "Imposing International Duties on Non-State Actors and the Legitimacy of International Law", en NOORTMANN, M. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors Dynamics in International Law. From Law-Takers to Law-Makers*, Farnham/Burlington: Ashgate, pp. 69- 89.
- SCELLE, G. (2008 [1932]) *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Paris: Dalloz.
- SEYERSTED, F. (1964) "International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend on Their Constitutions?", *Indian Journal of International Law*, Vol. 4, pp. 1- 74.
- SHAW, M. (2008) *International Law*, 6ª ed., Cambridge: University Press.
- SUZUKI, E. (2015) "Non-State Actors in International Law in Policy Perspective", en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 33- 56.
- THÜRER, D. (1999) "The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State", en HOFMANN, R. (ed.) *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 37- 58.
- WALTER, C. (2009) "Subjects of International Law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative and Public Law/Oxford University Press.
- WOODWARD, B. (2010) *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.

Subjetividad internacional de los Estados Fallidos: *Quo vadis?*

Magdalena Bulit Goñi y Milton Fellay*[†]

Hubo un tiempo en que el derecho internacional consistía en un cuerpo finito de normas relativas a un determinado objeto de estudio que concernían exclusivamente a las relaciones de los Estados entre sí. Sin embargo, hoy en día estas características han mutado: el cuerpo de normas que compone el derecho internacional se ha expandido y su objeto de estudio se ha ampliado indefinidamente, comprendiendo la acción de nuevos actores que también interactúan en el plano internacional.¹

En los últimos cincuenta años, la comunidad internacional ha atravesado una transformación sorprendente. Las dinámicas sociales, económicas, y políticas han cambiado de manera drástica. De igual manera, el concepto de Estado-Nación sufrió dos cambios principales: en primer lugar los Estados y las exigencias en términos de obligaciones para con sus nacionales, los individuos en general y la comunidad internacional han aumentado, principalmente a través del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Y, en segundo término, los Estados se han vuelto cada vez más inter-dependientes mientras que sus obligaciones internacionales se han multiplicado.²

Sin embargo, hay determinados Estados que son incapaces de operar en este nuevo sistema internacional más desarrollado a los que la doctrina se refiere como “débiles”, “frágiles”, “colapsados”, o “fallidos”.³

Por otra parte, a pesar de la importancia de la noción de subjetividad internacional, la literatura específica que aborda el tema es, notablemente, limitada.⁴ La mayoría de los autores que discuten sobre la personalidad jurídica internacional se han concentrado solamente en la posible inclusión o no de distintos actores dentro del clásico concepto de “sujeto”,⁵ pero sin llegar a cuestionar la categoría jurídica en sí misma. Así, lo que se ha hecho es intentar incluir dentro de esta categoría jurídica a unos u otros entes que, hasta ese momento no eran considerados como tales, pero sin tener en cuenta las implicancias y consecuencias jurídicas de tal inclusión.

* El borrador original del artículo fue escrito conjuntamente y las correcciones y la actualización del mismo fueron realizadas por Magdalena Bulit Goñi.

[†] Se agradece enormemente los comentarios recibidos a los borradores preliminares en el marco del proyecto de investigación UBACYT “Personalidades conflictivas: aportes para una (de)construcción de la noción de 'sujeto' en el Derecho Internacional.” (20020100300082), en especial a Natalia Luterstein, Sebastián Green Martínez, Ezequiel Heffes y Marcos Kotlik.

¹ HIGGINS (1999: 84).

² GIORGETTI (2010: VI).

³ *Ídem*.

⁴ BARBERIS (1983: 145- 304); MENON (1990: 30- 86); KOLB (1997: 115-2 5); KOLB (2002: 229- 241); KLABBERS (2003: 351- 369); COSNARD (2005: 13- 53); LAUTERPACHT (1970: 136- 150); LAUTERPACHT (1975: 487); CUTLER (2001: 133-150); THÜRER (1999: 37- 58); PORTMANN (2010: 1- 12); NIJMAN (2007: 25- 64); PENTIKÄINEN (2012: 145-154).

⁵ CHARNOVITZ (2006: 348 -72); MCCORQUODALE (2006: 307- 332); SCHACHTER (1977: 217- 226); PARLETT (2011).

Sin embargo, algunos doctrinarios han criticado la noción misma de “sujeto” porque advierten que los conceptos teóricos utilizados actualmente por el derecho internacional público no logran reflejar las entramadas relaciones que se suscitan en el plano internacional. Un claro ejemplo es la posición adoptada por HIGGINS, quien ha decidido dejar de lado dicha noción para hablar de “participantes”.⁶

La realidad de las relaciones internacionales actuales demuestra que el ejercicio de señalar que tal o cual “actor” es un “sujeto del derecho internacional” no resulta útil para delimitar el grado de participación que tendrá en el sistema internacional actual, ni la capacidad que tendrá para hacerlo. Se torna necesario pensar una categoría superadora a la noción básica que no sólo se limite a reconocer la subjetividad por el mero hecho de “ser titular de derechos y obligaciones en el plano internacional y tener capacidad para ejercer los mismos a través de reclamos internacionales”⁷ (siendo esta la definición más difundida sobre la materia), sino que nos permita comprender los verdaderos procesos de interacción que se dan diariamente en el marco de la comunidad internacional.⁸

El presente trabajo se propone analizar de manera crítica el concepto de subjetividad internacional a partir de la noción de Estado Fallido a los efectos de determinar su utilidad y de examinar si refleja de manera adecuada la realidad de la comunidad internacional.

Al respecto, corresponde hacer ciertas clarificaciones metodológicas. El concepto de Estados Fallidos presenta ciertas dificultades en el plano jurídico dada su naturaleza “mixta” perteneciente tanto al campo del derecho como al de las relaciones internacionales. Estas dificultades se ven maximizadas no sólo por la falta de una definición aceptada de manera general de la subjetividad en la evaluación de los factores que resultarían en dicha categorización, sino también por las implicancias y consecuencias que importa categorizar a un Estado como Estado Fallido.⁹

Se intentará demostrar que el concepto de subjetividad ampliamente difundido en la doctrina no logra reflejar las características actuales del derecho internacional. Para ello, primero abordaremos la noción de Estado Fallido desde un punto de vista teórico, para luego analizar críticamente el concepto a la luz de la noción clásica de subjetividad internacional y así concluir que la noción de “sujeto” debe ser reconsiderada a los fines de responder a la realidad imperante en el terreno del derecho internacional público contemporáneo. Se prestará especial atención al caso de Somalia por ser un ejemplo en el que la opinión internacional ha coincidido en calificar como un Estado Fallido.¹⁰

⁶ HIGGINS (1994: 39- 55). Sobre este tema ver el análisis que se realiza en EVANS (2003: 205-268).

⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, Opinión consultiva de 11 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 174, p. 179; SHAW (2008: 196); CASSESE (2001: 46); BARBERIS (1983: 148- 155).

⁸ AGO (1957: 701).

⁹ CAHIN (2012); GORDON (1997); CLAPHAM (2007).

¹⁰ Desde la sesión N° 47 de la Asamblea General –correspondiente al año 1993– hasta la N° 54 se aprobó todos los años una resolución referida a Somalia (ya sea por el financiamiento de las fuerzas o con relación a la necesidad de seguir contribuyendo con los operativos humanitarios) en la que se hacía referencia a la falta de una autoridad central e instituciones civiles y administrativas (ver A/Res. 47/41; 48/239; 49/229; 50/58; 51/30; 52/169; 53/1; 54/96). No obstante, corresponde aclarar que si bien el estudio original se centró en este Estado, al momento de la actualización Somalia había demostrado significativos progresos, como ser el inicio de los procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Delimitación Marítima en el Océano Índico* (Somalia c. Kenia), su plena reincorporación a todos los foros

Se sostiene así que la noción de Estado Fallido –un concepto emergente en el derecho internacional desde una perspectiva de estudio clásica– pone de manifiesto la “desactualización” del concepto de subjetividad internacional, como una figura que no logra encajar en el rompecabezas tradicional y que sirve como punto de partida para múltiples cuestionamientos.

I. Los Estados Fallidos

No existe una definición generalmente aceptada del término “Estado Fallido”;¹¹ es más, no hay acuerdo respecto de si deberían ser denominados como fallidos o de otra manera.¹² Incluso, hay autores que niegan la existencia del fenómeno.¹³ De igual manera, el concepto de Estado Fallido puede ser abordado desde múltiples perspectivas e incluso desde distintas disciplinas. Existen varios índices desarrollados por Estados,¹⁴ Organizaciones Internacionales¹⁵ e incluso publicaciones académicas,¹⁶ en las que, basándose en distintos factores determinantes, –como ser la implementación exitosa de políticas públicas, índices económicos o el control sobre el territorio¹⁷– se identifica y califica a los posibles Estados Fallidos. De esta multiplicidad de variables –económicas, políticas, sociales y culturales–, su potencial combinación y su análisis deriva a la subjetividad al utilizar este concepto. En consecuencia, nos encontramos ante un término controvertido, esencialmente subjetivo y analíticamente ambiguo e impreciso.¹⁸

El término Estado Fallido fue acuñado por primera vez en el ambiente académico por los politólogos americanos HELMAN y RATNER, quienes, a partir de una mirada desde las ciencias políticas y con un eje weberiano, definieron a los Estados Fallidos como aquellos que se encuentran incapacitados para mantener el monopolio legítimo de uso de la fuerza.¹⁹ Fue a partir de ese momento que el término se infiltró en la agenda política siendo utilizado en el marco de discursos brindados ante la Asamblea General de las Naciones Unidas e incluso en informes institucionales.²⁰ No obstante su

internacionales, y la suspensión de la emisión de resoluciones por parte de la Asamblea General, por nombrar sólo algunos ejemplos.

¹¹ THÜRER (1999: 733); WALLACE-BRUCE (2000: 66); GEISS (2005: 458); COJANU y POPESCU (2007: 3); KOSKENMAKI, (2004: 2); YANNIS (2002: 823); AKPINARLI (2010: 94); CLASSEN (2004: 129).

¹² Conviene señalar que, como fuera dicho, el fenómeno ha recibido distintas denominaciones por parte de la doctrina. Entre ellas encontramos ejemplos tales como “Estados fallidos”, “Estados frágiles”, “Estados en situación de fragilidad”, “Estados desestructurados”, “Estados débiles”, “Estados fracasados”, “Estados débiles”, “Estados desestructurados”, “Estados en crisis”, “Estados vulnerables” y “Estados colapsados”. Si bien cada uno de estos términos está matizado por las distintas opiniones de los autores, todos refieren al fenómeno descrito. Se utilizará el término “fallido” por haber sido el originario y ser el que goza de mayor difusión en la doctrina.

¹³ CHOMSKY (2006).

¹⁴ Estados Unidos de América: *State Failure Task Force*; Reino Unido: *UK Department for the International Development*.

¹⁵ Por ejemplo, la ONU, a través de The Human Development Index (HDI – UN Development Programme) y la Unión Europea a través del Grupo de Expertos sobre Estados frágiles.

¹⁶ Ejemplos de los índices llevados a cabo por investigaciones académicas son Failed States Index (Fund for Peace), The State Fragility Index and Matrix, The Global Peace Index (Vision for Humanity), etc.

¹⁷ Cabe aclarar que los índices no siempre explican cómo estos factores y su realización son medidos.

¹⁸ LOPEZ MARTIN (2011: 159- 240).

¹⁹ GELMAN y RATNER (1992: 3- 20).

²⁰ ALBRIGHT (1997); STRAW (2002).

uso repandido, no ha habido una definición aceptada de manera general, lo que, sin embargo, no fue obstáculo para que la doctrina desarrollada al respecto sea abrumadora, transpolándose del campo de las relaciones internacionales y las ciencias políticas al derecho. De ello resulta la relevancia de analizar las características principales del concepto para poder brindar una conceptualización objetiva del fenómeno a la luz de la noción de subjetividad internacional.

Al analizar la conceptualización de los Estados Fallidos, THÜRER señala que hay tres elementos que los caracterizan: 1) El aspecto geográfico y territorial: los Estados Fallidos están asociados principalmente con problemáticas internas y endógenas, lo que puede acarrear consecuencias transfronterizas. La situación resultante del fenómeno implica la erosión de las estructuras de poder y autoridad, provocando la desintegración y desestructuración del Estado en cuestión; 2) El aspecto político: conlleva el colapso de la ley y el orden en el plano interno. Se caracteriza por el surgimiento de facciones internas que pelean entre sí para hacerse del poder; y 3) El aspecto funcional: se materializa en la ausencia de órganos capaces de representar al Estado en el plano internacional, suscribir tratados, asegurar su cumplimiento, entre otros.²¹

Una de las definiciones más ampliamente difundidas es la que ofrece ZARTMAN, que utiliza el concepto de Estado Fallido cuando “las funciones básicas del Estado no pueden ser cumplidas”.²² Este autor incluye entre dichas funciones la seguridad, la prestación del servicio de justicia, el sistema de salud, la educación y la representación internacional.²³

Por su parte, GIORGETTI, cuya tesis analiza el tema *sub examine* desde la óptica del derecho, los concibe de forma similar: Estado Fallido es aquel incapaz de cumplir sus obligaciones para con sus ciudadanos y con la comunidad internacional en general.²⁴ GEISS, por su lado, considera que “la ausencia de un gobierno efectivo es la característica predominante de un Estado Fallido”.²⁵ En el mismo sentido se han expresado numerosos autores.²⁶

En síntesis, “Estado Fallido” es, esencialmente, un Estado incapaz de cumplir con sus funciones básicas tanto en el plano local como en el internacional. En consecuencia, para cumplir con ellas depende, en cierto grado, de la colaboración de la comunidad internacional, la que le puede ser proporcionada de distintos modos.²⁷ En ese sentido, el concepto presupone una graduación de la soberanía del Estado.²⁸

²¹ THÜRER (1999: 732).

²² ZARTMAN (1995).

²³ ZARTMAN (1995).

²⁴ GIORGETTI (2010: 54).

²⁵ GEISS (2005: 461).

²⁶ KOSKENMÄKI señala “[f]rom the international law perspective [State collapse] may be simply understood as the implosion of effective government”, cf. KOSKENMÄKI (2004: 2); THÜRER define a los Estados Fallidos como aquellos “in which institutions and law and order have totally or partially collapsed under the pressure and amidst the confusion of erupting violence, yet which subsist as a ghostly presence in the world map”, cf. THÜRER (1999: 734- 735); THÜRER (1999:7 32). ÖSTERDAHL, por su parte, considera a un Estado Fallido como “one ‘in which the government structure is no longer effective’, meaning a state where the public administrative apparatus no longer works or the government is no longer in control of the country”, cf. ÖSTERDAHL (2003: 51); Y finalmente DE BRABANDERE, señala que “the general description [of a ‘failed’ State] relates to the internal dissolution and collapse of a State and the impossibility for that state to deliver essential public services to its population”, cf. DE BRABANDERE (2009:65).

²⁷ A modo de ejemplo puede pensarse en la falta de control por parte de Somalia sobre las actividades de piratería en sus aguas territoriales y la intervención de la comunidad internacional: las Naciones Unidas

No obstante la dificultad conceptual, es posible señalar ciertos elementos comunes que identifican a los Estados Fallidos y que mantienen relación con los elementos necesarios para que una entidad sea reconocida como Estado. Entre las características particulares, encontramos la implosión de sus estructuras estatales, la que resulta en la incapacidad de las autoridades gubernamentales de cumplir con sus funciones primordiales, tanto obligaciones positivas como negativas. Entre ellas es posible señalar la provisión de proveer seguridad, educación y servicios de salud, el mantenimiento del estado de derecho y las infraestructuras económicas, el ejercicio de control sobre el territorio, y la protección de la población.²⁹ Sintéticamente, el concepto de Estados Fallidos puede ser visto como aquella condición en la cual el Estado está imposibilitado de proveer bienes políticos, económicos y sociales a sus ciudadanos y a la comunidad internacional.³⁰

A los efectos de superar el obstáculo conceptual concerniente a los Estados Fallidos sin adentrarse en las disquisiciones necesarias para su definición y la de sus elementos, se ha optado por concentrarse y trabajar sobre el “denominador común” de las distintas listas elaboradas por instituciones. Esta opción metodológica permite analizar la noción a través de sus características compartidas en las diferentes conceptualizaciones. Simultáneamente esto limita el alcance del presente trabajo al no ofrecer una definición propia de Estado Fallido y partir del resultado común de distintos trabajos.³¹

De las distintas mediciones tenidas en cuenta por los índices referidos, como ejemplos de Estados Fallidos podemos mencionar a Somalia, a la República Democrática del Congo, a Sudán, Sudán del Sur, Chad, Zimbabue, Siria,³² entre otros. Todos estos Estados se encuentran siempre a la cabeza de las listas elaboradas por las instituciones que miden el concepto.

Cabe agregar que el concepto de Estado Fallido no es un concepto estático que se desencadena por la afectación de uno de los elementos esenciales del Estado a partir de una situación específica. Es decir, una imposibilidad puntual de brindar alguno de los servicios primarios (por ejemplo, seguridad)³³ no torna al Estado en fallido. En efecto, el concepto de Estado Fallido implica un *continuum*, es decir, es la repetición y el

crearon mediante resolución del Consejo de Seguridad la figura del Asesor Especial del Secretario General sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la Piratería frente a las costas de Somalia (S/Res. 1918, 27 de abril de 2010.)

²⁸ Esto a su vez lleva a numerosos autores a plantearse el concepto tradicionalmente aceptado en el campo del derecho internacional de la soberanía absoluta que se originó a partir de la Paz de Westfalia. Aunque tal análisis escapa el ámbito del presente trabajo, numerosa literatura se ha escrito sobre esta cuestión. Al respecto ver KREIJEN (2004); YANNIS (2002: 1037- 1105); ALI KHAN (1996); HANNUM (1996); HOBSON (1995); JACKSON (1990); JAMES (1990); REISMAN (1990:101-112); *inter alia*.

²⁹ Sobre el tema: KREIJEN (2004); YANNIS (2002: 1037- 1105); ALI KHAN (1996); HANNUM (1996); HOBSON (1995); JACKSON (1990); JAMES (1990); REISMAN (1990:101-112); *inter alia*.

³⁰ GIORGETTI (2010:43).

³¹ El denominador común se ha tomado a partir de listas e índices que explicitaron el criterio para denominar como fallidos a los Estados listados y no en enumeraciones fundadas sobre un criterio “I know it when I see it” aunque ese parezca ser el criterio reinante en cuanto a Estados Fallidos.

³² Al momento de redactarse el primer borrador del presente trabajo se había incluido en la enumeración ejemplificativa a Timor del Este, quien desde entonces ha participado en procesos de resolución de disputas internacionales, foros internacionales como así también ha estabilizado su situación general doméstica.

³³ Se hace referencia a la prestación de servicios básicos de manera amplia y comprendiendo tanto el cumplimiento de obligaciones positivas por parte del Estado como de obligaciones negativas.

empeoramiento de la situación descrita a lo largo del tiempo y normalmente no es una sola falla la que lleva a conceptualizar al Estado de esta manera, sino la sumatoria de varias. La falla reside en la imposibilidad de prestar servicios básicos a la comunidad durante un espacio temporal más o menos prolongado. Tal visión comprensiva resulta, como se explicará, en la falta de adaptabilidad del derecho internacional a la problemática de que un Estado pierda uno de los elementos que se entiende como constitutivo. Sin perjuicio de ello, la reticencia de categorizar a un Estado como Estado Fallido encuentra su lógica en el principio de continuidad, de acuerdo con el cual una vez considerado como Estado la comunidad internacional desarrolla una tolerancia respecto de las fallas que pueda tener la entidad con base en el interés en la estabilidad internacional de las relaciones internacionales.

De manera transversal en el trabajo se verá que si bien la categorización como fallido de un Estado es el resultado de la conjunción de múltiples variables como resultado del principio de continuidad, el concepto de sujeto de derecho internacional no refleja adecuadamente las variaciones que presenta la noción de Estado Fallido. Sintéticamente: el Estado como tal no desaparece, pero su subjetividad internacional no se adapta a sus características reales.

Como se ha visto, las definiciones del concepto de Estado Fallido son múltiples y no existe una aceptada de manera general. Los autores referidos toman en cuenta diversas variables –políticas, económicas y sociales– para calificar a estos Estados. Sin embargo, a los efectos de este trabajo y focalizándonos en el aspecto jurídico del fenómeno, partiremos de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados de 1933³⁴ (en adelante, e indistintamente, la “Convención de Montevideo” o la “Convención de 1933”) para brindar su definición. Esta decisión está motivada en que la referida Convención establece lo que se ha reconocido de manera general como los elementos constitutivos de un Estado.³⁵ De esta manera, la Convención constituye el punto de partida para las consideraciones en torno a la noción de Estado. Esto no implica la ignorancia de factores ajenos al derecho que impactan en el concepto de Estado Fallido, sino que desde un punto de vista jurídico, es conveniente partir de los cuatro elementos enunciados en la mentada Convención para construir la noción jurídica del concepto de “Estado Fallido”.

2. El concepto de Estado Fallido a partir de la Convención de Montevideo de 1933

A los efectos de caracterizar jurídicamente a los Estados Fallidos, necesariamente debemos partir del concepto de “Estado”. El Estado ha sido ampliamente reconocido por todo el ordenamiento y la comunidad internacional como

³⁴ Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, Montevideo, Uruguay, 26 de diciembre de 1933, 165 LNTS.

³⁵ El artículo 1 de la Convención establece “El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente. II. Territorio determinado. III. Gobierno. IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”. Cabe señalar, que varios Estados han argumentado con base en la Convención de Montevideo en sus presentaciones ante la Corte Internacional de Justicia relativas a la Opinión Consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo (2010), como por ejemplo, Chipre (párrafos 159- 192), la Federación Rusa (párrafos 52 -53), Republica de Kosovo (párrafos 2.49- 2.51), Estados Unidos de America (párrafo 15) y Austria (párrafo 26).

el sujeto principal y originario del derecho internacional público.³⁶ Incluso la Corte Permanente de Justicia Internacional³⁷ ha definido al derecho internacional como el ordenamiento que regula exclusivamente la relación entre los Estados, tesis que sostenían quienes solamente reconocían a los Estados como únicos sujetos del derecho internacional.³⁸ Sin embargo, la definición de Estado no es unánime y los requisitos necesarios para que una entidad sea considerada como tal difieren entre los doctrinarios que abordan el tema.³⁹

Como fuera mencionado, desde la óptica del derecho positivo, podemos afirmar que los criterios básicos para que una entidad sea considerada como un “Estado” se encuentran estipulados en el artículo 1 de la Convención de Montevideo. Sin perjuicio del limitado número de Estados (19 en total) que han prestado su consentimiento para quedar obligados por ella y de su carácter regional, hoy en día las normas allí estipuladas pueden ser consideradas parte del derecho internacional consuetudinario⁴⁰ y, en consecuencia, obligatoria para todos.

Los requisitos establecidos por la Convención de 1933 han sido utilizados a lo largo de la historia jurídica al momento de discutir la “estatalidad” de una entidad. A modo de ejemplo, en el caso de la Opinión Consultiva respecto de la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, donde Rusia y Estados Unidos discutían si era o no un Estado, ambos hacían referencia a los elementos de la Convención de 1933 aun sin ser parte de ella.⁴¹ Asimismo, informes diplomáticos de países como Australia, Austria, Japón, el Reino Unido, Sudáfrica y Tanzania –Estados no parte de la Convención– refieren a los cuatro elementos como criterio para reconocer o no a otro Estado.

De conformidad con lo establecido en el mencionado artículo 1, para ser Estado, en tanto sujeto de derecho internacional, es necesario que una entidad cuente con una población permanente, un territorio determinado, un gobierno y la capacidad de entablar relaciones con los demás Estados.

Asimismo, las siguientes características pueden atribuirse exclusivamente a los Estados:⁴² 1) son los únicos competentes con relación a sus asuntos internos, lo que resulta del principio de igualdad soberana receptado en el artículo 2(1) de la Carta de las Naciones Unidas;⁴³ 2) el consentimiento de los Estados es necesario a los efectos de su sometimiento a cualquier tipo de jurisdicción o proceso internacional; 3) todos los Estados son iguales desde el punto de vista del derecho internacional, principio reconocido en el artículo 2(1) de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁴ y en la resolución

³⁶ CASSESE (2001: 46- 55); PASTOR RIDRUEJO (2011: 283); ÖSTERDAHL (2001: 35); BROWNLIE (2008: 138); BARBOZA, (2008: 54); MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE (1997: 13); ROSENNE (2004: 237).

³⁷ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Caso *Lotus*, sentencia del 7 de septiembre de 1927, Serie A, N° 10, p.63.

³⁸ BATY (1930:18); En similar sentido se han expresado CALVO, ALF ROSS, BRIERLY, HACKWORTH, citados en MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE (1997: 14).

³⁹ GRANT (1999: 322); CRAWFORD (2006: 41); KREIGJEN (2004: 115).

⁴⁰ ROSENNE (2004: 238).

⁴¹ *Idem*, nota 34.

⁴² CRAWFORD (2006: 40-42).

⁴³ Artículo 2(7), Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, Estados Unidos de América, 26 de junio de 1945.

⁴⁴ Artículo 2(1), Carta de las Naciones Unidas.

2625(XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁴⁵ Este principio, comúnmente denominado “igualdad soberana de los Estados”, no implica una igualdad material entre los Estados, sino que significa que todos gozan del mismo estatus, sin importar sus diferencias y de una igualdad jurídica formal en la escena internacional.⁴⁶ Tal como lo ha expresado VATTEL, “de la misma manera en que un enano es tan hombre como un gigante, una pequeña república no es menos soberana que el reino más poderoso”;⁴⁷ 4) y por último, en caso de duda, los principios previamente enumerados prevalecerán conforme lo ha establecido la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*.⁴⁸

Ahora bien, y con respecto a nuestro objeto de estudio, analizaremos cada una de las características enumeradas en la Convención de Montevideo con relación a las características de los Estados Fallidos. Ello nos permitirá concluir que Estado Fallido será aquél que tenga afectado de manera significativa uno de los elementos constitutivos para ser considerado Estado, ya sea en su totalidad o en cierto grado. Sin perjuicio de esta afirmación, como se ha mencionado anteriormente y como se desarrollará más adelante, esta aparente amplitud en la definición encuentra su contrapunto en el principio de continuidad del Estado, de acuerdo con el cual se presume que el Estado continúa a pesar de verse afectado alguno de sus elementos constitutivos. De ello resulta que la simple afectación de uno de los elementos constitutivos no conduce a la desaparición del Estado como tal. Similarmente, la categorización inmediata como fallido se ve dificultada por el principio de continuidad y las consecuencias que importa tal categorización.

2.1. Territorio

Una de las características propias del Estado es la capacidad de ejercer independientemente decisiones soberanas sobre una porción definida del globo terrestre, tal como señala el árbitro HUBER en el laudo de la *Isla de Palmas*.⁴⁹ Por territorio entendemos el espacio físico –terrestre, aéreo y marino– sobre el cual se ejerce la soberanía exclusiva propia de los Estados.⁵⁰

En ese sentido, el derecho internacional no establece ningún requisito respecto del tamaño de dicho territorio ni con relación a la continuidad de dicho territorio, siempre que sobre él se pueda ejercer la soberanía estatal de manera independiente. Tal como señala CRAWFORD, “la soberanía viene en todas las formas y tamaños”.⁵¹

Asimismo, un Estado puede existir incluso aunque no tenga sus límites totalmente definidos.⁵² En ese mismo sentido se ha expresado JESSUP, en su rol de

⁴⁵ A/Res. 2625 (XXV), Asamblea General de las Naciones Unidas, 1970.

⁴⁶ PASTOR RIDRUEJO (2011: 286).

⁴⁷ “A dwarf is as much a man as a giant; a small republic is no less a sovereign state than the most powerful kingdom”, cf. VATTEL (2008 [1797]: 75).

⁴⁸ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Caso *Lotus*, op.cit., p. 18.

⁴⁹ *Caso de la Isla de Palma*, laudo del 4 de abril de 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, Naciones Unidas, Vol. II, p. 838.

⁵⁰ REMIRO BROTONS (2007: 98).

⁵¹ CRAWFORD (2006: 47).

⁵² CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Monasterio de San Naoum (frontera albanesa)*, Opinión Consultiva del 4 de septiembre de 1924, Serie B, N° 9, 1924; *Opinión sobre la Adquisición de la nacionalidad polaca* del 15 de septiembre de 1923, Serie B, N° 8, 1923; CORTE

embajador de los Estados Unidos de América ante el Consejo de Seguridad, con relación a la admisión del Estado de Israel a la Organización de las Naciones Unidas, quien señaló que en el análisis de la cuestión no se encontraba el requisito de tener definidas de manera exacta las fronteras.⁵³ Es decir que cualquier disputa relacionada con los límites de un determinado territorio en nada perturba la calidad de Estado del ente en cuestión.

Una de las características que presentan los Estados Fallidos es que los límites del territorio se tornan difusos y porosos, especialmente por la incapacidad de las autoridades de mantener el monopolio del uso de la fuerza y el surgimiento de disputas territoriales entre los distintos “señores de la guerra” que luchan por extender su área de influencia. Teniendo en cuenta los diversos casos concretos de Estados mayoritariamente aceptados como fallidos, podemos observar que si bien el elemento “territorio” se ve afectado, esto no implica que el Estado en cuestión pierda su condición de tal.

Desde esta conceptualización resulta fácil imaginar un Estado Fallido incapaz de controlar sus fronteras o de ejercer control sobre su territorio. Más allá de las observaciones realizadas en torno a la necesidad de la existencia de múltiples fallas significativas a los efectos de categorizar como fallido a un Estado, resulta evidente que estas circunstancias afectan la capacidad de una entidad de cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos en el ámbito internacional. De una lectura lineal esto llevaría a concluir directamente que la consideración como sujeto de derecho internacional desde una visión clásica, aun cuando mas no sea de manera temporal, se ve afectada.

2.2. Población Permanente

Los dos primeros elementos están extremadamente vinculados entre sí, en tanto que se necesita un territorio para que la población pueda asentarse y así conformar una comunidad estable.⁵⁴

La población es el conjunto de individuos que ocupan un determinado territorio.⁵⁵ No hay Estado sin población permanente.⁵⁶ Para el derecho internacional, el número o la densidad de los habitantes, su permanencia en el lugar o su composición en un determinado territorio es irrelevante en relación con su capacidad para constituir un Estado.⁵⁷ No existe un piso mínimo –menos aún un techo– que permita distinguir entre los Estados teniendo en cuenta la cantidad de habitantes que residen el territorio. Esta cuestión quedó zanjada cuando se discutió la membrecía de los llamados micro-Estados en la Organización de las Naciones Unidas. La población está mayoritariamente

INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, (Dinamarca/ República Federal de Alemania/ República Federal de Alemania /Países Bajos), sentencia del 20 de febrero de 1969, *I.C.J Reports 1969*, p. 3, p. 32.

⁵³ Actas oficiales de la Reunión No. 383 del Consejo de Seguridad del 2 de diciembre de 1948, p. 41 “one does not find in the general classic treatment of this subject any insistence that the territory of a State must be exactly fixed by definite frontiers(...)”. Del mismo modo, BROWNLIE concluye que “it is clear from past practice that the existence of fully defined frontiers is not required and what matter is the effective establishment of a political community”, cf. BROWNLIE (2003: 71).

⁵⁴ SHAW (2003: 178).

⁵⁵ ROUSSEAU (1966: 84).

⁵⁶ REMIRO BROTONS (2007: 99).

⁵⁷ HOBACH, LEFEBER & RIBBELINK (2007: 168).

compuesta por los nacionales de ese Estado, pero este no es un requisito que se imponga desde el derecho internacional, sino que es una cuestión de derecho interno que regula el otorgamiento de nacionalidad por parte de un determinado Estado. La nacionalidad depende de la capacidad de ser Estado, y no viceversa.⁵⁸

Asimismo, tal como señala REMIRO BROTONS, la población podrá ser homogénea o heterogénea, en virtud de los rasgos de los individuos que la componen. La existencia de distintas etnias dentro del territorio de un Estado en nada afecta su condición de tal.⁵⁹

Los Estados Fallidos sufren cambios severos con relación a sus poblaciones. Por ejemplo, muchos de los habitantes deciden radicarse en el exterior, traspasando las fronteras de los Estados Fallidos y ubicándose en países limítrofes, debido a la carencia en la prestación de los servicios básicos.

De esa misma forma, uno de los elementos que es habitual encontrar cuando se analizan las características de los casos de Estados Fallidos es la existencia de etnias o clanes dentro de un mismo territorio.⁶⁰ Esta multiplicidad de etnias y clanes conforman la “población” de un Estado en tanto este pueda brindarles un elemento de cohesión, representado por las funciones primordiales de los Estados tales como los servicios de seguridad, educación, salud, etc. Lo que se observa es que cuando el Estado comienza a fallar debido al debilitamiento del poder central, se produce un cambio de lealtades que va del gobierno central a los centros de poder locales.⁶¹

Como se observa, los Estados Fallidos sufren cambios que afectan al elemento “población”, pero este criterio, en abstracto, tampoco nos resulta útil por sí sólo para encontrar el fundamento legal del fenómeno de Estados Fallidos, pues una vez reconocido como Estado por la comunidad internacional, el mismo continúa siéndolo incluso si se ve afectado el requisito referido.

Al igual que en el análisis del elemento “territorio”, la falta de control del Estado sobre su población, tanto para el cumplimiento de sus obligaciones positivas como de sus obligaciones negativas, no conlleva el dejar de considerar al Estado como tal –aun suponiendo que la afectación sea de tal magnitud como para justificar la categorización de Fallido–. Sin perjuicio de ello, sí ponen de manifiesto limitaciones en el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

2.3. Gobierno

El tercer elemento de la Convención de Montevideo es un gobierno, que ha llegado a ser considerado el elemento central en lo que a la capacidad de ser Estado se refiere.⁶² Presupone un paso ‘interno’ necesario para el siguiente elemento: la capacidad de entablar relaciones internacionales⁶³ e incluso KREIJEN lo define como un requisito

⁵⁸ CRAWFORD (2006: 52).

⁵⁹ REMIRO BROTONS (2007: 100).

⁶⁰ Por ejemplo en el caso de Somalia, si bien no hay distintas etnias, sí existen distintos clanes hacia el interior de la composición de la población del país. Quienes han señalado esta característica en los Estados Fallidos, refieren al carácter desestabilizante de estas etnias y su puja por el poder.

⁶¹ GIORGETTI (2010: 43).

⁶² ROBERTS (1979: 32); CRAWFORD (2006: 40-42).

⁶³ BLIX (1970: 633).

indispensable para la existencia de personalidad internacional por parte del Estado,⁶⁴ en tanto lo habilita a ejercer derechos y contraer obligaciones.

Un gobierno es entendido como una organización política reconocida por los ciudadanos que regula su conducta mediante normas que también son reconocidas.⁶⁵ Si bien la Convención de Montevideo no impone ningún requisito para la configuración del gobierno, hay un acuerdo generalizado respecto de que éste debe ser efectivo.⁶⁶ Esta efectividad se define por una suerte de estructura política estable y coherente en el marco de un orden legal aplicado sobre un territorio definido, aunque obviamente la condición de efectividad no está exenta de diferentes enfoques.

Es necesario destacar que la capacidad de ser Estado, en principio, no depende de la legitimidad o legalidad del gobierno,⁶⁷ más allá de una tendencia internacional cada vez mayor que exige que los gobiernos, su establecimiento y funcionamiento, se ajusten a ciertas pautas de comportamientos y ciertas normas.⁶⁸

En cuanto a la aplicación de este concepto a los Estados Fallidos el elemento que más los caracteriza⁶⁹ es precisamente un gobierno inefectivo y débil. No está de más observar que este elemento es justamente un gran obstáculo para Estados recientemente independizados y que estuvieron bajo un régimen colonial o similar.⁷⁰ Muchas entidades que no contaban con un gobierno efectivo fueron reconocidas como Estados: desde el ya típico ejemplo de Somalia –durante los años que no tuvo gobierno–⁷¹ hasta la República Democrática del Congo, en la que existieron dos facciones de gobierno en 1960 admitidas en las Naciones Unidas, siendo que la naturaleza de Estado es un criterio de admisibilidad de tal organización.⁷² También está el criterio sostenido por la Asamblea General respecto de Guinea-Bissau, que en su Resolución A/Res. 3061(XXXVIII) lo reconoce como un Estado, admitiendo su recientemente adquirida independencia sin perjuicio de que el gobierno no controlaba ni la mayoría de la población.⁷³

Es necesario también considerar que se ha reconocido que la interrupción o la pérdida de efectividad de un gobierno no importan la extinción automática del Estado, como sucedió con Somalia. Según BROWNLIE,⁷⁴ o el gobierno es inexistente –como en dicho caso– o es incapaz de ejercer de manera efectiva las prerrogativas gubernamentales –como sucedió en la República Democrática del Congo, Sudan o Guinea Bissau–.

No obstante, como se indicara anteriormente, como consecuencia del principio de continuidad, que un Estado no tenga un gobierno efectivo no afecta su consideración como tal, sino que, para el caso de una afectación substancial y sostenida en el tiempo,

⁶⁴ KREIJEN (2004: 20).

⁶⁵ KREIJEN (2004: 20-21).

⁶⁶ CRAWFORD (2006: 40); SHAW (1997: 139); BROWNLIE (1998: 71).

⁶⁷ MALANCZUK (1997: 79); SCHACHTER (1997: 36); KREIJEN (2004: 22).

⁶⁸ HIGGINS (1994: 39); SHAW (1997: 44); FRANCK (1992: 46-91); FRANCK (1995: 57).

⁶⁹ GIORGETTI (2010: 59).

⁷⁰ HIGGINS (1994: 40).

⁷¹ De 1990 a 2002.

⁷² Artículo 4.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁷³ “[S]tatehood for purposes of UN admission was attributed even when the new governments clearly lacked effective control, cf. HIGGINS (1994: 40).

⁷⁴ BROWNLIE (1998: 71).

podría implicar la categorización como Fallido, lo que no afecta su subjetividad como Estado en la esfera del derecho internacional.⁷⁵

2.4. Capacidad de entablar relaciones con otros Estados

La capacidad de entablar relaciones con los demás Estados ha sido objeto de múltiples y diferentes definiciones y conceptualizaciones resultando, en consecuencia, uno de los elementos más discutidos de la estatidad⁷⁶ y se lo ha entendido simultáneamente como requisito y consecuencia de la capacidad de ser Estado.⁷⁷ No está de más señalar que incluso algunos doctrinarios han cuestionado la caracterización de este elemento como necesario para ser considerado como Estado.⁷⁸ A ello debe agregársele que para que un Estado pueda entablar relaciones muchos consideran necesaria la existencia de un gobierno.⁷⁹

Puede pensarse que el concepto dado en 1933 por la Convención ha evolucionado y debería limitarse a un concepto más genérico como “entablar relaciones internacionales” o incluir otros sujetos de derecho internacional.⁸⁰ Ello, en tanto no es exclusivo ni excluyente el hecho de tener relaciones con un Estado para ser considerado como tal. De hecho, es en esta línea de razonamiento que las críticas a ese elemento como constitutivo del Estado se erigen: al no ser una prerrogativa exclusiva de los Estados algunos prescinden de ella al momento de definirlo.⁸¹

El establecimiento de relaciones con otros Estados presupone un reconocimiento como entidad estatal, lo que conlleva el riesgo de confundir este con el reconocimiento de los Estados; una discusión extremadamente compleja⁸² que excede el marco del presente trabajo.

Paralelamente algunos han entendido esta capacidad de entablar relaciones como algo que excluye la intervención de otras entidades, asimilándolo al concepto de independencia.⁸³ ANZILOTTI, en su opinión separada en el caso de la *Unión Aduanera Austro-Germana* de la Corte Permanente de Justicia Internacional,⁸⁴ al examinar la legalidad de la Unión con relación a las obligaciones de Austria resultantes del Tratado de Saint-Germain de 1919, definió independencia como la existencia de un Estado separado, sin estar sujeto a la autoridad de ningún otro Estado o grupo de Estados.

⁷⁵ Los casos de Ruanda y Burundi fueron similares, cf. JENNINGS (1967:3 51); HIGGINS (1994: 40); GIORGETTI (2010: 62).

⁷⁶ CARTER (2000:47).

⁷⁷ Esto sin desconocer la capacidad de otros sujetos de derecho internacional de entablar relaciones con Estados.

⁷⁸ MALANCZUK (1997: 56-79).

⁷⁹ CRAWFORD (1979: 47).

⁸⁰ LISSITZYN (1965: 8-9).

⁸¹ MALANCZUK (1997: 56-79); KREIJEN (2004: 56).

⁸² Si bien el objetivo del presente trabajo no es adentrarse en la discusión que gira en torno al reconocimiento, nos plegamos a los estipulado por la Convención de Montevideo, que lo concibe como declarativo y no constitutivo.

⁸³ BROWNLIE (1998: 71-7 2); HIGGINS (1963: 25- 42), KELSEN (1941: 35); SHAW (2003 :142- 144); CASSESE (1986: 77); “[C]apacity to enter into relations with other States, in the sense which it might be a useful criterion, is a conflation of the requirements of government and independence”, cf. CRAWFORD (1979:47-48); MAREK (1954: 161- 191); ROUSSEAU, (1974: 68).

⁸⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Régimen aduanero entre Alemania y Austria*, Opinión Consultiva del 5 de septiembre de 1931, Serie A.B, No 41.

Pero si se consideran los conceptos de independencia y de entablar relaciones conjuntamente su relación puede ser circular: una entidad que es formalmente independiente si no es reconocida no puede ejercer y materializar su capacidad de entablar relaciones con otros y, en consecuencia, carece de independencia.⁸⁵

Nuevamente el principio de continuidad impacta en la consideración del Estado como fallido aun a pesar de que uno de sus elementos esenciales se vea comprometido. Si bien no están claras las consecuencias de una incapacidad temporal de cumplir con las obligaciones internacionales, sí es claro que el Estado continúa incluso a pesar de esta incapacidad, sin perjuicio de que incurra en responsabilidad internacional por no cumplir con ellas.

Similarmente a lo señalado respecto de los requisitos ya analizados, la afectación de este elemento no hace que el Estado, aun fallido, deje de ser Estado. Casos como el de Somalia, la República Democrática del Congo o Afganistán confirman esta afirmación. Así, al igual que con los otros elementos, la afectación de la capacidad de entablar relaciones internacionales –más allá de la discusión reseñada respecto de su utilidad al momento de determinar si existe un Estado– no afecta la continuación de la existencia de aquél Estado.

A modo de conclusión, a los fines de la categorización de un Estado como un Estado Fallido se observa que debe considerarse la afectación de los elementos constitutivos y su grado. Resulta difícil ofrecer una teoría general concerniente al concepto de Estado Fallido en tanto las circunstancias particulares de cada caso son extremadamente determinantes. Lo cierto es que la pérdida total de uno de sus elementos podría pensarse como razón suficiente para considerar como fallido a un Estado.⁸⁶

3. El encuadre del concepto dentro del ordenamiento jurídico internacional

Legalmente, el concepto de Estado Fallido epitomiza una falacia del derecho internacional ya que los Estados Fallidos continúan siendo considerados Estados soberanos de pleno derecho y se les requiere que cumplan con todas las obligaciones contraídas con otros Estados y con la comunidad internacional.⁸⁷ Los Estados no se disuelven cuando “fallan” y su estatus en el plano internacional permanece inalterado. Esto sucede pues, tal como señala, HIGGINS, una vez que ingresado al club de los Estados, las reglas a partir de las cuales se realizó la admisión pierden su importancia.⁸⁸

Es claro que las características que presentan los Estados Fallidos no les permiten funcionar normalmente en el marco del ordenamiento jurídico internacional y afectan su capacidad de ejercer plenamente como sujeto del derecho internacional.⁸⁹

En ese sentido, corresponde tener presente que en el derecho internacional clásico, las causas de extinción de los Estados son finitas. Entre ellas encontramos la

⁸⁵ KREIJEN (2004: 22).

⁸⁶ El uso del condicional no es azaroso, sino que han habido debates en torno a la pérdida total del territorio por parte de Estados (por ejemplo en los casos de las islas Vanuatu y Kiribati) y su continuidad como Estados.

⁸⁷ GIORGETTI (2010: 65-66).

⁸⁸ HIGGINS, “*once in the club [of States], the rules by which admission was tested (...) become less important*” (1994:70).

⁸⁹ LÓPEZ MARTIN (2011:166).

incorporación de un Estado a otro, la anexión y la fusión. Los Estados también se pueden extinguir por su desmembramiento en unidades más pequeñas.⁹⁰ Las características propias que plantean los Estados Fallidos no se ajustan a ninguna de las formas que prevé el ordenamiento para la extinción de los Estados. Por consiguiente, los Estados Fallidos continúan siendo considerados Estados y, por lo tanto, son sujetos plenos y originarios del derecho internacional público. En la realidad, esto implica que nos encontramos con un sujeto incapaz de llevar a cabo sus compromisos internacionales e interactuar en dicho plano, pero al cual la comunidad internacional le sigue asignando la titularidad de derechos y obligaciones. Lo que nos lleva a preguntarnos: ¿cuál es la utilidad de la teoría de la subjetividad internacional a la luz del caso de los Estados Fallidos?

A los efectos de analizar la subjetividad de los Estados Fallidos partiremos del caso de Somalia, entendido como el Estado Fallido por excelencia.⁹¹ En la doctrina, hay quienes encuadran el caso de Somalia como ejemplo de Estado colapsado, siendo este el máximo nivel de fracaso que pueda existir. El objetivo es comprobar cuál fue el tratamiento y el estatus que la comunidad internacional asignó a Somalia durante la época aquí analizada, para determinar la subjetividad de un Estado Fallido a partir de un caso concreto.

Como se explicó anteriormente, los Estados Fallidos ven seriamente afectado alguno de sus elementos constitutivos. Entonces, ¿sigue siendo el mismo sujeto de derecho internacional que era ese Estado? ¿es un sujeto con “menos capacidad”, o es un sujeto nuevo?

Para entender la situación de Somalia, conviene repasar brevemente su historia. Dicho país se independizó en 1960, tras la unión de los protectorados administrados por Italia y el Reino Unido y, si bien goza de cierta identidad étnica,⁹² la existencia de distintos clanes afectó severamente la posibilidad de que se estableciera un gobierno central. En efecto, a principios de 1990 Siad Barre fue derrocado y Somalia no pudo volver a establecer un gobierno central y efectivo hasta el año 2000, cuando se logró formar el Gobierno Nacional de Transición de Somalia. Éste continuó hasta 2004, cuando se creó el Gobierno Federal de Transición de Somalia. Más allá de estos gobiernos transitorios, no se consideró que Somalia tenía un gobierno efectivo sino hasta el 20 de agosto de 2012, cuando se estableció el Gobierno Federal de Somalia.

Resulta determinante analizar el período entre 1991 y 2012, siendo que no existía un gobierno en Somalia y, por ende, la entidad carecía de uno de los requisitos esenciales para ser considerado un Estado.⁹³

En primer lugar, cabe destacar que no hubo ninguna expresión en foros internacionales o de organismos internacionales por la cual se haya considerado que Somalia había dejado de existir, de lo que puede colegirse que la comunidad internacional entendió que Somalia seguía siendo un Estado. La ausencia total del elemento “gobierno efectivo” hace que en ese lapso Somalia haya sido, sin lugar a dudas, un Estado Fallido. Como consecuencia de esta falta de gobierno efectivo y en respuesta

⁹⁰ FASTENRATH (1987: 465-467).

⁹¹ GIORGETTI (2010:23); YUSUF (2003); KOSKENMAKI (2004: 1-36).

⁹² Muchos autores señalan la existencia de distintas etnias como uno de los factores que atentan contra la cohesión de un Estado y que puede resultar en su posterior ‘fallidez’.

⁹³ A modo de ejemplo, durante este período Somalia no tuvo representación ante las Naciones Unidas aunque sí mantuvo su participación en la Organización Islámica Científica, Cultural y Educativa salvo por los años 1992 y 1993.

de la creciente hostilidad que impedía la llegada de la ayuda humanitaria, las Naciones Unidas crearon la Operación de las Naciones Unidas para Somalia, *UNOSOM*, en sus siglas en inglés, en abril de 1992.⁹⁴ En poco tiempo fue remplazada por la *UNOSOM II*.⁹⁵ Al igual que la Fuerza de Tareas Unificada (UNITAF en sus siglas en inglés), las dos UNOSOM estaban destinadas no sólo a asegurar un ambiente pacífico que permitiera la llegada de la ayuda y asistencia humanitaria, sino que también ejercían cierto control sobre el territorio por cuanto estaban facultadas a, por ejemplo, confiscar pequeñas armas no autorizadas. Así, estas tres iniciativas multilaterales ponen de manifiesto el ejercicio por parte de la comunidad internacional de funciones propiamente gubernamentales de un Estado, lo que lleva a concluir que hay una carencia de un gobierno efectivo.

El estudio del caso de Somalia demuestra que los Estados Fallidos, a pesar de presentar características peculiares que dificultan su actuación en el plano internacional, siguen siendo considerados por la comunidad como Estados, y por ende sujetos del ordenamiento jurídico internacional.⁹⁶

4. Conclusión: consecuencias acerca de la subjetividad de los Estados Fallidos

Con la indeterminación del concepto de Estados Fallidos se conjuga la falta generalizada de debate respecto de la noción de subjetividad internacional⁹⁷ y, particularmente, la falta de actualización del concepto a las realidades contemporáneas.⁹⁸

Lo importante aquí no es simplemente discutir la denominación que reciben los distintos entes que interactúan en el plano internacional, sino también cuáles son las consecuencias jurídicas que acarrea atribuirle cierta denominación a un determinado actor internacional. ¿De qué nos sirve llamar “sujetos” a entes que presentan distintas características si sus capacidades de interacción son totalmente disimiles? ¿No sería conveniente adoptar una categoría jurídica más eficiente, que refleje la real capacidad de participación en el plano internacional?

La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que no todos los sujetos del ordenamiento presentan las mismas características y capacidades,⁹⁹ pero ¿por qué seguimos aferrándonos a institutos que hoy en día han demostrado ser insuficientes y anacrónicos para reflejar el sistema internacional actual?

El caso de los Estados a la luz de la teoría clásica es un claro ejemplo. No hay duda alguna que los mismos son los sujetos plenos y originarios del ordenamiento jurídico internacional.¹⁰⁰ Es aceptado que el sistema internacional está basado en una

⁹⁴ Consejo de Seguridad, Resolución S/Res. 751/1992.

⁹⁵ Consejo de Seguridad, Resolución S/Res. 814/1993.

⁹⁶ El alcance de este trabajo se vería beneficiado ampliamente por el estudio de otros casos, como ser el de Bosnia y Herzegovina o Kosovo. No obstante, dados sus límites de extensión, no fueron abordados.

⁹⁷ BARBERIS (1983: 145- 304); MENON (1990: 30- 86); KOLB (1997: 115- 125); KOLB (2002: 229- 241); KLABBERS (2003: 351- 369); COSNARD (2005: 13- 53); LAUTERPACHT (1970: 136- 150); LAUTERPACHT (1975: 487); CUTLER (2001: 133-150); THÜRER (1999: 37- 58); PORTMANN (2010: 1-12); NIJMAN (2007: 25- 64); PENTIKÄINEN (2012: 145-154).

⁹⁸ HIGGINS (1994: 39- 55). Sobre este tema ver el análisis que se realiza en EVANS (2003: 205- 268).

⁹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, op. cit., para. 179.

¹⁰⁰ CRAWFORD (2012: 115-116).

óptica estadocéntrica y que será la voluntad de los Estados la que determine la posibilidad de que otros actores puedan llegar a ser parte del grupo de “sujetos” de este ordenamiento jurídico.¹⁰¹

No obstante, es el mismo análisis de los distintos Estados el que demuestra que existe un tipo particular de Estados –los Fallidos– que, si bien reciben este mote de “sujetos”, no pueden actuar eficazmente. Estos Estados, que se caracterizan por tener afectado de manera significativa uno o más de sus elementos necesarios para ser considerados como tales, continúan gozando del estatus de Estado para el ordenamiento internacional y, por lo tanto, son considerados sus sujetos. Esto se debe a varios motivos como ya se ha expresado –principio de continuidad y el interés de la comunidad internacional de preservar cierto orden y seguridad jurídica–, principalmente por la incapacidad de los conceptos jurídicos actuales de asimilar las notas características de los Estados Fallidos. En ese sentido, el reconocimiento como sujeto y su capacidad para actuar como tal no se concilian. Por esa razón nos preguntamos si realmente es necesario mantener la noción clásica de subjetividad a los efectos de representar la extensa e intensa trama de relaciones que se dan hoy en día en el ordenamiento internacional.

Luego de analizar la teoría de la subjetividad internacional tal y como es concebida en la actualidad, y basándonos en el estudio del caso de los Estados Fallidos, creemos que nos encontramos en condiciones de afirmar que la teoría descripta no se ajusta a la realidad que se suscita en el marco de la relaciones internacionales y el derecho internacional. En efecto, la noción de Estados Fallidos pone en evidencia la presunción de que el sujeto de derecho internacional, cuando del Estado se trata, tiene capacidades plenas, lo cual claramente no es el caso de los Estados Fallidos. Esto tiene un claro impacto en la *performance* del Estado en cuanto a sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, teniendo, a su vez, impacto en la comunidad internacional en general. En tal sentido, es necesario considerar y pensar una nueva categoría jurídica que permita reflejar las distintas realidades y situaciones que existen en el mundo jurídico actual.

Bibliografía

Bibliografía Crítica o Secundaria

- SIMMA, B, ERASMUS-KAHN, D., NOLTE, G. y PAULUS, A. (1994) (eds.), “Art. 76”, en *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Oxford: University Press, pp. 923-948.
- BROOKS, R. (2005) “Failed States, or the State as Failure?”, *University of Virginia School of Law’s Faculty Research Conference and Vanderbilt Law School’s International Law Roundtable*, disponible en https://www.law.berkeley.edu/files/spring05_Brooks.pdf (último acceso: 22/08/2018).
- BROWNLIE, I. (2003). *Principles of Public International Law*, 6ta edición, Oxford: University Press.

¹⁰¹ PORTMAN (2010: 9).

- CADENA AFANADOR, W. (2010) "Timor Leste o la Construcción de la Nación en un Estado Fallido", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad- Colombia*, Vol. 5, N° 2, pp. 39- 69.
- CRAWFORD, J. (1976) "The Criteria for Statehood in International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 48, pp. 93- 182.
- CRAWFORD, J. (1979) *The Creation of States in International Law* (1ra edición), Oxford: University Press.
- DE BRABANDERE, E. (2009) *Post-conflict Administrations in International Law. International Territorial Administration, Transitional Authority and Foreign Occupation in Theory and Practice*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- DELANEY, R. (2008) "De-recognition of States: A Different Approach to Failed States", *Stanford Journal of International Relations*, Vol. 10, N° 1, pp. 10- 17.
- DI JOHN, J. (2008) "Conceptualising the Causes and Consequences of Failed States", School of Oriental and African Studies Working Paper N° 25, disponible en <https://www.files.ethz.ch/isn/57427/wp25.2.pdf> (último acceso: 22/08/2018).
- FASTENRATH, U. (2000) "State, Extinction", en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Holanda del Norte: Elsevier.
- FIDLER, D. (2008) "A Theory of Open-Source Anarchy", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 15, N° 1, pp. 259- 284.
- FINUCANE, B. (2010) "Fictitious States, Effective Control, and the Use of Force", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 30, N° 1, pp. 35- 93.
- GAL-OR, N. (2008) "Suspending Sovereignty", *Israel Law Review*, Vol 41, pp. 302-330.
- GARCÍA BLESA, J. J. (2010) "El Desempeño Internacional de Funciones Soberanas en Estados Fallidos", *Revista de Estudios Jurídicos*, Vol. 10.
- GIORGETTI, C. (2010) "A Principled Approach to State Failure", Leiden: Martinus Nijhoff.
- GORDON, R. (1997) "Saving Failed States: Sometimes a Neocolonialist Notion", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol 91.
- GRANT, T. (1999) "Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol 37, pp. 403- 457.
- GRANT, T. (2004) "Partition of Failed States: Impediments and Impulses", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 11, N° , pp. 51- 82.
- GUTIERREZ SANIN, F. (2010) "¿Estados fallidos o conceptos fallidos?", *Revista de Estudios Sociales*, Vol 37.
- HELMAND, G., & RATNER, S. (1992) "Saving Failed States", *Foreign Policy*, Vol. 89, pp. 3- 20.
- HERBST, J. (1996) "Responding to State Failure", *International Security*, Vol. 21, pp. 120-144.
- HIGGINS, R. (1999) "International Law in a Changing International System", *Cambridge Law Journal*, Vol. 58, pp. 78- 95.
- HIGGINS, R. (1999) *Problems and Processes. International Law and How we use it*, Oxford: Clarendon Press.
- JENNINGS, R. (1967) "General Course on Principles of International Law", *Recueils des Cours*, Vol. 121, pp. 323- 514.
- KOSKENMAKI, R. (2004) "Legal Implications Resulting from State Failure in Light of the Case of Somalia", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 73, pp. 1- 36.
- LAKE, D. (2008) "Building Legitimate States After Civil Wars", *Working Paper* University of California, San Diego, disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/ddc7/49e71ccd388a0b8b8a3148237b3e3e2f0cc5.pdf> (último acceso: 22/08/2018).
- MENKHOUS, K. (2004) *Somalia: State Collapse and the Threat of Terrorism*, Oxford: University Press.
- NEWMAN, E. (2009) "Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World", *Contemporary Security Policy*, Vol. 30, N° 3, pp. 421- 443.

- RAMOS VERA, M. (2010) “Estados Fallidos, el Cuestionamiento de la Soberanía y la Criminalización de los Intereses Nacionales”, *Relaciones Internacionales*, N° 13.
- RICHARDSON, H. J. (1996) “Failed States: Self-Determination and Preventive Diplomacy: Colonialist Nostalgia and Democratic Expectations”, *Temple Journal of International and Comparative Law*, Vol. 10, pp. 1-78.
- ROTBERG, R. (2002) “The New Nature of Nations-State Failure”, *The Washington Quarterly*, Vol. 25, N°1, pp. 85-96.
- ROTBERG, R. (2003) “Failed States, Collapsed States, Weak-States: Causes and Indicators”, en ROTBERG, R. (ed.) *State Failure and State Weakness in a Time of Terror*, Washington: Brookings Institution Press.
- RUIZ MEDRANO, S. F. (2011) “De los Estados Fallidos”, *Revista Bolivariana de Derecho*, N° 11, pp. 86-113.
- SANTOS VILLAREAL, G. (2009) “Estados Fallidos. Definiciones Conceptuales”, *Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación de México*.
- SCHMALENBACH, K. (2009) “Preventing and Rebuilding Failed States”, en Giegerich, T. (ed.) *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War a 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Berlin: Dunker & Humblot, pp. 231-256.
- SHAW, M. (2003) *International Law* (5ta edición) Cambridge: University Press.
- THÜRER, D. (1999) “The ‘Failed State’ and International Law”, *International Review of the Red Cross*, N° 836.
- TOKATLIAN, J. G. (2008) “La Construcción de un ‘Estado Fallido’ en la Política Mundial”, *Análisis Político*, Vol. 21, N° 64, pp. 67-104.
- VATTEL, E. (2008 [1797]) *The Law of Nations*, traducción de Nugent, T., Liberty Fund Inc.
- VILANOVA, P. (2008) “‘Estados de facto’ versus ‘fallidos o frágiles’?”, *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, N° 10, pp. 1-19.
- WATTS, A. y JENNINGS, R., (1992) (eds) *Oppenheim's International Law* (9na edición), Oxford: University Press.
- WEISS, T. y CHOPRA, J. (1995) “Sovereignty under Siege: from Intervention to Humanitarian Space”, en LYONS, G. y MASTANDUNO, M. (eds.) *Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Interventions*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- WILDE, R. (2003) “The Skewed Responsibility Narrative of the Failed States Concept”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, pp. 425-429
- YANNIS, A. (2000) *State Collapse and the International System, Implosion of Government and the International Legal Order from the French Revolution to the Disintegration of Somalia*, Ginebra: Institut universitaire de hautes études internationales.
- YOO, J. (2000) “Fixing Failed States”, *California Law Review*, Vol. 99, pp. 95-150.
- ZARTMAN, W. (1995) *Collapsed States, The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority*, Londres: Lynne Rienner Publishers.

Un único cuerpo, un solo poder: notas sobre la Liga Aquea y el rol jurídico de las organizaciones internacionales en la antigüedad griega

Emiliano J. Buis

Introducción: una arqueología de la participación internacional

Si el “Estado” ha sido mayormente conceptualizado a partir de su consolidación moderna, no debe sorprender que la idea de subjetividad internacional se haya originado en los últimos cinco siglos acompañando la génesis de la noción. Dado que el Estado es visto como el actor principal del plano internacional, su condición preponderante lo ha convertido enseguida en paradigma de “sujeto”, es decir, de aquel centro de imputación normativa que es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones en el sistema jurídico internacional que los Estados mismos crean por acuerdo de voluntades. El régimen, tautológico si los hay, establece que el concepto de “sujeto” (en tanto etiqueta teórica impuesta por el derecho) se aplica principalmente al Estado, que es capaz de gozar de un amplio mosaico de derechos y puede obligarse de modo amplio frente al resto; de allí se vierte hacia los otros. Los individuos, las organizaciones internacionales, los inversores extranjeros, los pueblos que luchan por su libre determinación —para citar solo algunos— devienen entonces “sujetos derivados”, a veces por creación y otras por reconocimiento, porque son los Estados (considerados “sujetos” legitimados históricamente) quienes dan la venia y otorgan “subjetividad” a otros agentes que coexisten con ellos en la sociedad global.

Esta construcción ha sido unánimemente respaldada por los operadores del sistema internacional y por los expertos de la disciplina. Sin embargo, algunas voces se han ido levantando progresivamente contra esta idea, sosteniendo de modo crítico las falencias de la ficción jurídica que el sistema ha repetido incesantemente. No sólo se ha comenzado a develar que ese modo de concebir la estatalidad y la subjetividad posee una fuerte impronta eurocéntrica (en la medida en que, incluso en la modernidad, sólo los Estados “europeos” cumplían con los estándares exigidos) sino que además algunos estudios señalan con sólidos argumentos que aun en tiempos pre-modernos hallamos prácticas y discursos semejantes a los que, se dice, “nacen” en la modernidad. De este modo, se ha demostrado no sólo que es posible identificar en tiempos arcaicos entes políticamente organizados en torno a un territorio con una población permanente y modos de gestión del poder en órganos de gobierno (características todas constitutivas de lo que hoy concebimos como estatalidad), sino que, además, la pluralidad de estas comunidades políticas anteriores a la Edad Media dio lugar a un verdadero derecho internacional *avant la lettre*. Con sus particularidades (distintas por cierto de las que hoy atribuimos a este cuerpo normativo), el derecho internacional antiguo involucraba a numerosas ciudades-Estado —tanto en el Cercano Oriente o Asia Menor como en torno del Mediterráneo— que interactuaban y regulaban sus vínculos con un tejido más o menos definido de normas consuetudinarias y convencionales.

Me he ocupado ya de mostrar que, antes del concepto de “subjetividad” internacional, en el mundo griego antiguo (para tomar un ejemplo) las *póleis* se relacionaban jurídicamente como comunidades sociales: los ciudadanos eran quienes representaban a las ciudades-Estado cuando se trataba de sentar las obligaciones asumidas hacia al exterior, y los cuantiosos tratados de los que tenemos conocimiento por vía directa o mediada muestran al conjunto de nacionales de una ciudad-Estado (los *polítai*) como “agente” político colectivo que asumía compromisos frente a los representantes de una *pólis* extranjera.¹ Mi objetivo en ese entonces había sido dar a conocer que, sin el imaginario teórico de la “subjetividad” en la práctica, de todos modos las *póleis* griegas generaron un plexo jurídico que incluía deberes y derechos en muchos casos de gran sofisticación, que poco tenían que envidiar a los tratados actuales o a las prácticas con *opinio iuris* que hoy acordamos que dan origen a la costumbre internacional.

Para complejizar el debate en torno a un derecho internacional antiguo que no dependía para su funcionamiento efectivo de “sujetos internacionales” en el sentido actual de la expresión, me interesará en estas páginas ocuparme de las organizaciones internacionales en el mundo griego clásico. La identificación de agrupaciones de ciudades-Estado en esquemas federales permitirá mostrar hasta qué punto la antigüedad fue testigo, en el ámbito de las relaciones internacionales, de la participación activa de entes abstractos y colectivos que albergaban en su interior a diversas colectividades políticas. La exploración de las fuentes que poseemos sobre una de estas organizaciones, que tomaremos de ejemplo –me refiero a la Liga Aquea– servirá como caso de estudio para ejemplificar el papel activo que estas organizaciones desarrollaron en tiempos clásicos y, al mismo tiempo, para indicar en qué medida los antiguos griegos pensaban la capacidad de actuación internacional de construcciones jurídicas diferentes del cuerpo ciudadano de la típica *pólis*.

1. De la *pólis* a las estructuras federales

Es un dato conocido que la llamada Grecia clásica (en un sentido amplio, pensamos en los siglos VII a III a.C.) estaba determinada institucionalmente por la coexistencia de una serie de ciudades independientes, conocidas como *póleis*. Según nos transmiten las fuentes con que contamos, estas *póleis* eran entidades libres capaces de dictar su propio orden normativo (calidad definida como *autonomía*) y su administración de justicia (la llamada *autodikía*). La existencia de una multiplicidad de ciudades-Estado, sin embargo, no impidió el surgimiento de verdaderos esquemas federales. Es frecuente hallar un buen número de asociaciones militares (*symmakhíai*) y ligas religiosas (*amphiktyoníai*) entre *póleis*, cada una de ellas con sus particularidades, que nos permiten afirmar que los griegos eran conocedores de formas semejantes a lo que la modernidad concibe como organizaciones internacionales. ¿Cómo se compatibiliza, entonces, la existencia de ciudades con la consolidación de instituciones de este tenor?

La terminología respecto de las confederaciones y ligas de carácter político es vaga, e incluye términos como *koinón* (que apunta a la idea de una construcción conjunta), *sympoliteía* (vinculado con un régimen de gobierno en común, especialmente

¹BUIS (2018: 58-106).

en tiempos helenísticos)² o incluso un *éthnos* (un grupo nacional, superador de la *pólis*).³ En todo caso, estos fenómenos parten todos de la base de que, en ellos, las ciudades-Estado se someten voluntariamente a las decisiones tomadas por un conjunto de órganos que ellas deciden integrar. Así, en estas experiencias de alianza, la confederación suele tener a su cargo todos los asuntos de interés común, incluyendo por supuesto la conducción de los temas militares y el manejo de las relaciones exteriores. Se trata de una suerte de competencia delegada, que desplaza aquella que discrecionalmente poseía la *pólis* de modo particular.⁴

Lo que estas asociaciones –de enorme alcance y proyección a lo largo del período clásico y helenístico–⁵ permiten observar es la presencia de entidades superpuestas que dejan entrever una constante tensión entre el esfuerzo colectivo y la independencia y autonomía locales.⁶ Se percibe una dualidad, no siempre resuelta, entre dos niveles de toma de decisiones que no necesariamente se organizan formalmente: por un lado el plano de acción federal, y por otro el andarivel doméstico,⁷ todo ello en una suerte de *systeme-monde* en el que coexistían formas, actores y comunidades políticas que interactuaban en redes regionales y hegemónicas.⁸

A los efectos de mostrar una serie de particularidades de este fenómeno ligado a la creación de espacios inter-*póleis*, y sin la pretensión de exhaustividad, nos ocuparemos en este trabajo de examinar algunos textos referidos a la Liga Aquea, considerada quizás como el intento más exitoso de federalismo helénico. La identificación de ciertas acciones llevadas a cabo por esta confederación nos permitirá reflexionar en clave práctica respecto de la complejidad de las organizaciones políticas griegas y de las controvertidas instancias de participación en el ámbito internacional de la que dan cuenta efectiva los documentos antiguos.

2. La Liga Aquea, entre la práctica y la norma: una “subjetividad” colectiva

Se conoce como Liga Aquea (Κοινὸν τῶν Ἀχαιῶν) una confederación de ciudades griegas que en tiempos helenísticos ocupó la región central y norte del Peloponeso.⁹ Se distinguen dos etapas en su desarrollo histórico, que los especialistas han identificado y analizado de modo separado a pesar de sus continuidades: de la primera liga, que se formó durante el siglo V a.C., sabemos poco; contamos con mucha mayor información respecto de la segunda liga, que se estableció hacia principios del

² PASCUAL (2007).

³ Acerca de esta fluctuación terminológica, véase MACKIL (2013b: 304). Cf. RZEPKA (2002).

⁴ TÉNÉKIDÈS (1954: 39), quien además distingue tres tipos de asociaciones entre las que osciló el federalismo griego: las asociaciones confederales (donde los Estados siguen siendo autónomos de hecho y de derecho), las imperiales (en las que un Estado dirige la política exterior de todos) y las confederales falseadas por la actitud de uno de los miembros que se arroga poderes discrecionales; cf. TÉNÉKIDÈS (1954: 179).

⁵ MACKIL (2013b: 305) sostiene que, hasta 323 a.C., alrededor de un 40% de las *póleis* de las que tenemos conocimiento eran miembros de algún *koinón*. En los dos siglos siguientes, quizás motivado por la progresiva crisis de la ciudad-Estado como centro de poder, el porcentaje aumentó exponencialmente.

⁶ PÉREZ MARTÍN (2001: 79- 83) distingue factores centrífugos y centrípetos para explicar esta tensión.

⁷ RIZAKIS (2015: 128).

⁸ VLASSOPOULOS (2007: 195- 202).

⁹ Puede hallarse una resumida pero lúcida introducción a sus principales particularidades en BECK (1997: 55- 66).

siglo III a.C. y adquirió gran importancia estratégica al convertirse en una aliada de Roma frente al poder macedónico, papel político que cumplió hasta su disolución en el 146 b.C. Esta segunda liga, instalada en el 281/0 a.C. por cuatro comunidades, rápidamente se expandió hasta contar con diez ciudades-Estado miembros en el transcurso de la primera década de existencia. Con la incorporación de los sicionios en 251 a.C., Arato se convirtió en uno de sus líderes más relevantes; bajo su conducción, con apoyo de Ptolomeo III de Egipto, la Liga se ocupó de ayudar a que se liberaran ciudades como Megalópolis, Argos u Orcomeno, que estaban regidas por tiranos impuestos por el rey Antígono II de Macedonia. La toma de Corinto en 243 a.C. por parte de Arato llevó a los macedonios a la firma de un tratado de paz en 240 a.C.; Megalópolis fue incorporada cinco años después, y Argos en 229 a.C.



Imagen A. La Liga Aquea hacia el 150 a.C. [Fuente: Wikipedia Commons]

El crecimiento de la Liga motivó la oposición de las *póleis* de Esparta, la Liga Etolia y Elis, quienes se enfrentaron todas con los aqueos; ello llevó a un acuerdo con el nuevo rey de Macedonia –Filipo V–, quien convocó a un congreso panhelénico en Corinto para condenar la agresión etolia. Se destaca en esta etapa el rol de Filopomén, quien fue elegido *strategós* en ocho ocasiones desde 209 a.C. y bajo cuyo liderazgo la Liga modernizó su ejército y venció a los espartanos.¹⁰ El entendimiento entre aqueos y macedonios, sin embargo, se interrumpió con la muerte de Arato y la consiguiente alianza con Roma durante la Segunda Guerra Macedónica (200-196 a.C.). La búsqueda de una nueva alianza con Perseo de Macedonia, no obstante, puso en jaque la relación con los romanos hasta que a mediados del s. II a.C. –en la llamada Guerra Aquea– la Liga fue finalmente derrotada por Lucio Mummio en la batalla de Corinto.¹¹

La Liga tenía sus propios órganos de gobierno: a partir de 251 a.C. se nombraba un único general (*strategós*), reelegible pero no por períodos consecutivos, quien estaba a cargo de las fuerzas armadas con el acompañamiento de funcionarios militares bajo sus órdenes.¹² Existía por lo demás un consejo (*boulé*) –integrado por ciudadanos varones

¹⁰ Acerca de este líder político puede leerse ERRINGTON (1969).

¹¹ Sobre la disolución de la Liga por los romanos, véase DIDU (1993).

¹² Con anterioridad se sabe que habían sido dos los *strategoí* de la Liga. Sobre el papel del *strategós*, véase RIZAKIS (2015: 123).

mayores de treinta años¹³ y una asamblea de ciudadanos (*sýnketos*) compuesta por todos los ciudadanos varones de las ciudades-Estado miembros y que se reunía cuatro veces por año en Egió.¹⁴ Se considera que los miembros gozaban de una representación proporcional en los órganos de la confederación.¹⁵

Es de observar la notoria semejanza de los órganos presentes en la confederación con aquellos que caracterizaban la organización administrativa de las ciudades-Estado.¹⁶ En efecto, las *póleis* también contaban con asambleas y consejos y designaban un *strategós* para que estuviera a cargo de la gestión de los asuntos bélicos y el gobierno de la ciudad. Así, del mismo modo en que las democracias locales solían ser manipuladas por las clases aristocráticas, que intentaban a menudo ejercer el control sobre el espacio público, es posible afirmar que en el caso de la Liga Aquea existían élites que procuraban mantener el control sobre los asuntos comunes del *koinón*.¹⁷ El rol de estos sectores de poder se vislumbra con claridad en el tratamiento de las tiranías del Peloponeso: mediante una serie de campañas de desprestigio y de acciones colectivas, la Liga empezó a consolidar su ámbito de influencia sobre aquellas ciudades-Estado que en un comienzo carecían de afinidad con el pueblo aqueo. Mediante este accionar, en muchos casos se negociaba con las autoridades locales para mantenerlas en el poder a cambio de su membresía; si se negaban, la Liga se ocupaba de lanzar ataques hasta dominar la ciudad eliminando a los tiranos.¹⁸

Estas estrategias diplomáticas condujeron a una rápida y notable expansión de la Liga a lo largo del período helenístico.¹⁹ La supremacía política encontró un sostén discursivo en la contraposición entre, por un lado, la “independencia” de las *póleis* miembros y la “unificación” del Peloponeso y, por otro, las tiranías despóticas de la región.²⁰ Como veremos, es esta lógica de la “unidad” subyacente en la confederación²¹ la que permitió un desarrollo jurídico-institucional tendiente a reafirmar su rol como empresa colectiva.²²

En efecto, el crecimiento económico y político del *koinón* aqueo fue acompañado por una creciente normatividad en el plano del derecho interestatal.²³ En términos de ciudadanía, por ejemplo, se estableció la posibilidad legal de que quienes eran *polítai* de las ciudades que integraban la confederación pudiesen adquirir además la nacionalidad de la Liga si así lo decidía la asamblea de los aqueos.²⁴

¹³ Sobre la composición de la *boulé* a partir de los representantes de las distintas *póleis* miembros, véase LARSEN (1972).

¹⁴ Acerca de los debates en torno de la existencia y funcionamiento de la asamblea, véase LARSEN (1955: 75-77). Los puntos centrales del debate, así como un análisis de las fuentes documentales, ya habían sido presentados por AYMARD (1938).

¹⁵ LEHMANN (1983: 249). Se piensa que las ciudades más grandes enviaban tres representantes; las de tamaño medio, dos, y las más pequeñas, uno.

¹⁶ BECK & FUNKE (2015: 14).

¹⁷ Cf. O'NEIL (1984-1986).

¹⁸ HILLEN (2012).

¹⁹ URBAN (1979); RIZAKIS (2015: 123).

²⁰ MORENO LEONI (2015: 134-135).

²¹ Destacada como uno de sus pilares centrales por MORENO LEONI (2013).

²² Puede hallarse una colección de documentos epigráficos vinculados con las actividades institucionales de la Liga Aquea en MACKIL (2013a: 453-481).

²³ Acerca de las leyes dictadas por el propio *koinón* (referidas a la administración de los órganos administrativos de la confederación), véase Polibio (24.8.4-5). Cf. MACKIL (2013a: 352-353).

²⁴ RIZAKIS (2015: 122). Acerca de la ciudadanía federal, LEHMANN (2001) y LOZANO VELILLA (2006). Acerca de los derechos de las *póleis* en el interior de la confederación, véase LARSEN (1971).

Al mismo tiempo, la Liga desarrolló una práctica institucionalizada, con una fuerte base jurídica, en lo referente a la solución de controversias entre sus miembros. Megalópolis, por ejemplo, usó su posición privilegiada para que el *koinón* interviniera en cinco oportunidades en sus disputas territoriales.²⁵ Por lo demás, una inscripción datada hacia 242/237 a.C. y hallada en templo de Asclepio en Epidauro (*IG IV² I, 70*) muestra que la propia Liga seleccionó jueces megarenses para poner fin a un conflicto limítrofe entre Epidauro y Corinto.²⁶ El texto epigráfico menciona que se designaron ciento cincuenta y un árbitros “según el decreto de los aqueos” (κατὰ τὸν αἶνον τὸν τῶν Ἀ-/Ἰχαιῶν, líneas 4-5) para que investigaran el dominio de las regiones disputadas.²⁷ Si bien ambas partes aceptaron el veredicto, Corinto objetó los detalles de la delimitación, de modo que la Liga Aquea resolvió enviar una nueva comisión de treinta y un varones (también designados por un decreto de la confederación, κα-/Ἰτὰ τὸν αἶνον τὸν τῶν Ἀχαιῶν, líneas 9-10). Es de destacar que la propia Liga estaba en condiciones de determinar quiénes intervendrían en la instancia jurisdiccional.

Las referencias han llevado a debatir en torno de la existencia de una obligación, por parte de las ciudades que ingresaban a la confederación, de someter sus controversias a la propia Liga.²⁸ Con independencia de la conclusión a la que se llegue respecto del carácter vinculante de la intervención de la confederación a la hora de solucionar los altercados entre las ciudades que la integraban, al menos es posible advertir a partir del testimonio descrito que, jurídicamente, la Liga estaba en condiciones de intervenir de modo específico cuando se trataba de pleitos entre *póleis*, superando entonces la *autonomía* de cada una de ellas a partir de decisiones que se les imponían.²⁹ Cuando no se nombraban jueces o árbitros de una tercera *pólis*, la asamblea federal de la Liga, según muestran los testimonios antiguos, tenía jurisdicción para tratar ella misma delitos e imponer sanciones a sus miembros.³⁰

Una nueva inscripción de Mesena sobre una disputa con Megalópolis (fechada en 180 a.C. y hallada recientemente, a fines de 2004) proporciona evidencia adicional acerca del papel que jugaba la confederación cuando había controversias entre sus miembros.³¹ En efecto, el texto muestra bien que Megalópolis se dirigió a las autoridades de la Liga a los efectos de legitimar su acción e iniciar un proceso de solución de controversias (líneas ll. 11-13: πάλιν / [---] φαν ἐν ταῖ ἐν Ἄλει συνόδωι θέλειν κριθῆ/[μεν μ] ἔν ποθ' ἀμέ, περί τε τᾶς πρότερον χώρας, “de nuevo, en la asamblea — *sýnodos*— en Elis [los megalopolitanos] querían ser juzgados por las regiones de

²⁵ Según CLOSE (2018: 5), “in the majority of the five disputes between the city and other members such as Messene, Thouria, Helisson and Sparta, show that Megalopolis actively sought the involvement of the federal state. While these overall support my thesis that Megalopolis held a special position in the Achaian koinon, the specifics of each of the five boundary disputes provide a more nuanced result”.

²⁶ AGER (2015: 478); AGER (1996), n. 38; MAGNETTO (1997), n. 36; HARTER-UIBOPUU (1998), n. 3.

²⁷ Según RAEDER (1912: 254-255), esta selección debió de haber sido efectuada por sorteo.

²⁸ A favor de la existencia de esta obligación se pronuncia TOD (1913: 74-75); MORETTI (1967: 131), en cambio, considera que dicho sometimiento era voluntario.

²⁹ Acerca de la distribución de los roles jurisdiccionales entre las comunidades federales y las ciudades, véase MACKIL (2013a: 354-355).

³⁰ Pueden hallarse ejemplos en AYMARD (1938: 182-183); cf. RIZAKIS (2013: 129). Véase el testimonio de Plutarco 38.18.2-3. Para una mirada más reticente acerca del rol judicial de la Liga, véase HARTER-UIBOPUU (1998: 129).

³¹ *SEG* 58.370.

antes”).³² La asamblea, pues, estaba en condiciones de decidir si se iniciaba un arbitraje, y eventualmente podía remitir el caso a las autoridades de la Liga para su tratamiento. En el caso de Mesena y Megalópolis, la disputa fue finalmente resuelta por diecisiete *hagemónes*, posiblemente miembros de las élites políticas de las ciudades que integraban el *koinón* (líneas II-43).³³

La Liga Aquea también ha intervenido como parte en conflictos originados con ciudades que no integraban la *sympoliteía*. Así, una inscripción de Olimpia nos indica que, hacia el s. II a.C., se produjo un arbitraje entre la Liga Aquea y Esparta a causa del rechazo espartano a la autoridad de una corte que había resuelto previamente una disputa territorial a favor de Megalópolis.³⁴ Es interesante que no haya sido esta última ciudad la que se enfrentaba en la instancia arbitral, sino la confederación en su conjunto, dando cuenta de un verdadero *locus standi* del propio *koinón* en situaciones conflictivas que se referían a algunos de sus miembros.³⁵ El hecho de que, pudiendo no hacerlo,³⁶ la confederación misma decidiera intervenir a la hora de generar espacios de negociación y de resolución de conflictos muestra la importancia que, desde un punto de vista estratégico, podía tener la presencia de las autoridades confederadas al interior de la *sympoliteía* y la existencia de un rol claramente diferente de aquel que podía cumplir cada ciudad-Estado independiente.

Otras fuentes nos muestran otra característica de la Liga Aquea que contribuye también a definir su institucionalidad como un agente político separado de sus integrantes: su capacidad para firmar acuerdos. Si bien era habitual que fuesen las *póleis* las que se obligaran entre sí mediante la negociación y aprobación de tratados, sabemos que la confederación suscribió convenios en nombre propio, diferentes de aquellos acordados individualmente por las ciudades-Estado que formaban parte del colectivo de la Liga. Así, un pasaje de Polibio (18.42.6) —un testigo privilegiado de la realidad aquea— nos asegura que fueron “los aqueos” quienes enviaron en 197 a.C. una embajada a Roma, solicitando la conclusión de un tratado formal de alianza (περὶ τῆς συμμαχίας οἱ παρὰ τῶν Ἀχαιῶν πρέσβεις), y mencionado que el asunto fue remitido al Senado.³⁷ A pesar de que no se menciona ni la fecha ni el contenido estricto del acuerdo, por un pasaje posterior del historiador (23.4.12) se sabe que se organizó una nueva embajada por parte de la Liga Aquea a Roma (οὔτοι γὰρ ἐπρέσβευον τότε παρὰ τῶν Ἀχαιῶν) a los efectos de “renovar la alianza” (ἀνανεοῦμενοι τὴν συμμαχίαν).³⁸ No se hace mención al hecho de

³² ARNAOUTOGLU (2009-2010: 189); LURAGHI & MAGNETTO (2012: 526-527). La traducción del griego clásico al castellano, tanto en esta cita como en el resto de las que aparecen en este trabajo, me pertenece.

³³ RIZAKIS (2015: 130-131) examina luego las etapas siguientes del juicio, primero ante un ciudadano prominente de la Liga (Egión) en las líneas 43-64 y luego ante un panel de jueces de Mileto en las líneas 65-84. En todos estos momentos del procedimiento la Liga mantuvo la supervisión federal sobre el trámite.

³⁴ SIG³ 665. AGER (1996), n. 137; HARTER-UIBOPUU (1998), n. II.

³⁵ AGER (2015: 475).

³⁶ Hay casos en los que la Liga no participaba de los buenos oficios ni se ocupaba de mediar entre *póleis* miembros. Así, dos inscripciones (SEG II.377 y 405) dan cuenta de un arbitraje entre las ciudades de Hermíone y Epidauró —que formaban parte de la Liga— a cargo de representantes de Mileto y Rodas; cf. AGER (1996), n. 63; MAGNETTO (1997), n. 69; HARTER-UIBOPUU (1998), n. 10. No se da cuenta en ningún momento de la intervención del *koinón*, como reconoce AGER (2015: 480).

³⁷ El texto griego corresponde a la edición de BÜTTNER-WOBST (1893).

³⁸ BADIAN (1952) examina las fuentes que dan cuenta de este tratado, analizando las prácticas de firma de acuerdos por parte de Roma en la época, y concluye que debió de haber sido firmado entre noviembre de 192 y la primavera de 191 como recompensa por la fidelidad de los aqueos.

que el tratado hubiese sido firmado por las *póleis* individualmente, lo que permite inferir que fue el propio *koinón* el que se obligó, de modo conjunto, frente a las autoridades romanas.

Parece claro, a partir de estas fuentes examinadas, que la Liga Aquea se comportaba como una unidad política, capaz de actuar en múltiples planos de modo independiente de los miembros que la componían. Esta centralización de funciones en los órganos del *koinón* fue ya advertida en tiempos contemporáneos. Así, al hablar de la Liga Aquea, Plutarco (2.4.6) se encargaba de señalar su grado de “completitud” en términos de organización, considerado como el punto cúlmine de un desarrollo histórico percibido como un *progreso ininterrumpido* (ἀφ’ ἧς αὐξανόμενον κατὰ τὸ συνεχές τὸ ἔθνος εἰς ταύτην ἦλθε τὴν συντέλειαν, ἐν ᾗ καθ’ ἡμᾶς ἦν). Algo similar se nos dice cuando Pausanias menciona el origen del *koinón* de los aqueos (7.7.1); allí señala que su principal característica –y aquella que llevó a su creciente poderío– fue que las ciudades-Estado que lo integraron desarrollaron una aproximación colaborativa, muy alejada del individualismo que cada *pólis* autónoma solía esgrimir en el plano de las relaciones exteriores; en sus palabras, “los aqueos tenían una política de decisiones en común y (llevaban a cabo) acciones en común” (ἀπὸ κοινοῦ λόγου βουλευμάτα τε ἦν Ἀχαιοῖς καὶ τὰ ἔργα).³⁹ En la misma línea se expresa Diodoro (29.18) al sostener que el *strategós* Filopomén impulsó la confederación aquea hacia una lógica comunitaria y cooperativa.⁴⁰

3. Conclusión: de cuerpos y etiquetas

Al referirse a la voluntad por parte de Arato –uno de los *strategoí* aqueos– de acrecentar el poder de la Liga, Plutarco menciona que se intentó crear una red de apoyo mutuo para superar la debilidad de las ciudades aisladas (*Vida de Arato*, 24.5-6). Esta red funcionó como una unidad biológica, en la medida en que se describía como un cuerpo humano:

ἤγειτο γὰρ ἀσθενεῖς ἰδίᾳ τὰς πόλεις ὑπαρχούσας σώζεσθαι δι’ ἀλλήλων ὥσπερ ἐνδεδεμένας τῷ κοινῷ συμφέροντι, καὶ καθάπερ τὰ μέρη τοῦ σώματος ζῶντα καὶ συμπνέοντα διὰ τὴν πρὸς ἄλληλα συμφυΐαν, ὅταν ἀποσπασθῆ καὶ γένηται χωρὶς, ἀτροφεῖ καὶ σήπεται, παραπλησίως τὰς πόλεις ἀπόλλυσθαι μὲν ὑπὸ τῶν διασπώντων τὸ κοινόν, αὔξεσθαι δὲ ὑπ’ ἀλλήλων, ὅταν ὄλου τινὸς μεγάλου μέρη γενόμεναι κοινῆς προνοίας τυγχάνωσιν.

Pues creyó que las *póleis* que eran débiles podían ser salvadas por el apoyo mutuo como atadas por un interés común, y que como las partes de un cuerpo tienen una vida y un aliento común porque están naturalmente juntas entre sí, pero que cuando se las separa y están separadas se atrofian y se pudren, de modo semejante las *póleis* se desintegran por parte de quienes disuelven aquello que tienen en común, pero se acrecientan por el

³⁹ El texto griego corresponde a la edición de JONES & ORMEROD (1918).

⁴⁰ Seguimos en el análisis de estas fuentes a BEARZOT (2015: 508-509).

apoyo mutuo cuando son partes de un gran todo y gozan de una previsión común.⁴¹

En la *Vida de Filopomén* (8.1-3), por su parte, Plutarco retoma la misma imagen de la unidad somática de la Liga al afirmar que los aqueos consolidaron “un régimen de gobierno griego y filantrópico” (Ἑλληνικὴν καὶ φιλόανθρωπον πολιτείαν, 8.1) que tenía la intención de convertir el Peloponeso en “un único cuerpo y un solo poder” (ἐν σῶμα καὶ μίαν δύναμιν, 8.2).⁴²

La metáfora de la unidad anatómica de la confederación es clave para entender su estructura orgánica y su modo unitario de funcionamiento.⁴³ No caben dudas del éxito de la Liga Aquea. En sus siglos de existencia, no sólo se consolidó como un mecanismo eficaz e inventivo para lidiar con los obstáculos políticos de una Grecia convulsionada,⁴⁴ sino que además fue un instrumento que tradujo la habilidad de los pueblos del Peloponeso para asegurar un discurso uniforme hacia el exterior sin comprometer la paz interna dentro del grupo, que fue duradera y envidiable.⁴⁵

También estos mismos logros son los que en gran medida explican su profunda influencia y su legado conceptual hasta nuestros días. En efecto, son múltiples las alusiones que retoman la Liga Aquea como fuente de inspiración de los Estados federales modernos. No sorprende este dato si tenemos en cuenta que la idea de unidad que parece permear las fuentes antiguas –quizás el elemento aglutinador de la Liga Aquea– permitió sentar las bases de una construcción política basada en el rechazo de una imposición verticalista y en la consolidación colectiva de un equilibrio centralizado entre comunidades independientes y democráticas, reunidas por intereses comunes y una ideología compartida. Ello explica que los escritos de Polibio hayan tenido una influencia capital en los debates acerca de la constitución de los Estados Unidos, y que la experiencia de la confederación aquea haya inspirado por ejemplo los escritos de James Madison y el pensamiento político de los federalistas norteamericanos, interesados en replicar esos éxitos a partir de un equilibrio entre singularidad y colectividad, entre individualismo y colaboración.⁴⁶

A la par de este interés en la confederación de los aqueos desde las teorías del federalismo moderno, es posible proponer una lectura de la experiencia del *koinón* a la luz de la teoría de las organizaciones internacionales. Ello porque las fuentes que hemos presentado (que, como adelantamos, de ninguna manera pretenden agotar el *dossier* documental sobre el tema) alcanzan para dar cuenta de las particularidades que en la actualidad reconocemos en los organismos interestatales.

Si bien no existe una definición de qué debe entenderse por una “organización internacional”, sí es posible acordar con quienes han reconocido ciertos elementos característicos, que ni necesariamente deben darse de modo simultáneo. En una obra señera sobre el tema, AMERASINGUE (2005: 10) identificaba como requisitos principales

⁴¹ El texto griego corresponde a la edición de PERRIN (1926).

⁴² El texto griego corresponde a la edición de PERRIN (1921). En el mismo pasaje, Plutarco compara el flujo unificado del *koinón* con las aguas corrientes de un río, en tanto las partículas se desplazan para constituir una única masa. Cf. BEARZOT (2015: 510).

⁴³ Acerca de este imaginario, posiblemente proveniente del pensamiento estoico, cf. VIMERCATI (2005).

⁴⁴ WALBANK (1981: 157-158).

⁴⁵ AGER (2015: 481).

⁴⁶ LIEBERT (2016). Un análisis muy lúcido acerca de la Liga Aquea y su influencia en los orígenes del constitucionalismo estadounidense puede hallarse en MARTÍNEZ MAZA (2013: 94-115).

la existencia de algún tipo de acuerdo entre quienes forman parte de ella, un instrumento constitutivo, la posesión de órganos separados de aquellos que tienen sus miembros y un establecimiento bajo el derecho internacional, agregando en ciertos casos la subjetividad internacional (distinta de la de los Estados) y capacidad para firmar tratados.⁴⁷

Por todo lo estudiado, parece posible concluir que la Liga Aquea comparte en gran medida estas características que son propias de lo que en la actualidad concebimos como organizaciones internacionales; sin embargo, su actuación tuvo lugar mucho antes de que se definiese incluso la idea de “personería” jurídica o de que habláramos de un “plano internacional” o de una “comunidad de Estados”.

El ejemplo que hemos elegido para estas páginas –que no es único y que puede complementarse con futuros trabajos sobre otras asociaciones de *póleis* e incluso proyectarse a Roma– es ilustrativo respecto de los modos sesgados en que concebimos la participación jurídica en la comunidad global, condicionados como estamos por preconceptos normativos y determinados por la ausencia de una mirada diacrónica. Aportar ejemplos provenientes de la antigüedad se revela como una operación trascendente y como un dispositivo iluminador por, al menos, dos razones. En primer lugar, porque permite discutir, desde un cruce con la disciplina de la historia y los estudios clásicos, la supuesta “contemporaneidad” de ciertos conceptos ligados con el derecho internacional que creemos erróneamente que son productos de tiempos modernos y que hemos adoptado acríticamente como inherentes a una realidad post-westfaliana. En segundo lugar, porque nos lleva a reconocer la inconveniencia de instalar etiquetas teóricas que distinguen categorías artificiales (como “Estado”, “organización internacional” o incluso “sujeto”) que no siempre abarcan los mismos fenómenos. Espero haber podido sugerir, a partir de las fuentes que ilustran sobre la Liga Aquea, que estas categorías convencionales pueden incluso resultar contraproducentes para comprender de modo comprensivo la práctica de todos aquellos entes, más o menos formales, que pretenden (hoy y hace dos mil años) asegurar un espacio de influencia en una esfera que vaya más allá de las fronteras nacionales.

Bibliografía

Bibliografía Crítica o Secundaria

- AGER, S. L. (1996) *Interstate Arbitrations in the Greek World, B.C.*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, pp. 337-90.
- Ager, S. L. (2015) “Peaceful Conflict Resolution in the World of the Federal States”, en BECK, H. & FUNKE, P. (eds.) *Federalism in Greek Antiquity*, Cambridge: University Press, pp. 471-486.
- AMERASINGHE, C. F. (2005) *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Second Edition, Cambridge: University Press.

⁴⁷ De modo semejante, para citar un texto en nuestro medio académico latinoamericano, URUEÑA (2008: 4) identifica cuatro criterios para definir una organización internacional: es una entidad compuesta de Estados, tiene fundamento en un instrumento constitutivo, cuenta con una voluntad distinta de la de sus Estados miembro y está regida por el derecho internacional.

- ARNAOUTOGLU, I. (2009-2010) "Dispute Settlement between Poleis-Members of the Achaean League. A New Source", *Dike* 12-13, pp. 181- 201.
- AYMARD, A. (1938) *Les assemblées de la confédération achaienne*, Bordeaux: Féréet et fils.
- BADIAN, E. (1952) "The Treaty between Rome and the Achaean League", *The Journal of Roman Studies*, Vol. 42, N° 1-2, pp. 76- 80.
- BEARZOT, C. (2015) "Ancient Theoretical Reflections on Federalism", en BECK, H. & FUNKE, P. (eds.) *Federalism in Greek Antiquity*, Cambridge: University Press, pp. 503- 511.
- BECK, H. (1997) *Polis und Koinon. Untersuchungen zur Geschichte und Struktur der griechischen Bundesstaaten im 4. Jahrhundert v. Chr.* (Historia Einzelschrift 114), Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- BECK, H. & P. FUNKE (2015) "An Introduction to Federalism in Greek Antiquity", en BECK, H. & FUNKE, P. (eds.) *Federalism in Greek Antiquity*, Cambridge: University Press, pp. 1- 29.
- BUIS, E. J. (2018) *Taming Ares. War, Interstate Law, and Humanitarian Discourse in Classical Greece*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff.
- BÜTTNER-WOBST, T. (1893) (ed.) *Polybius. Historiae*, Leipzig: Teubner.
- CLOSE, E. (2018) "Megalopolis and the Achaean koinon: local identity and the federal state", *Teiresias*, Vol. 48, N°1, pp. 2-8.
- DIDU, I. (1993) *La fine della Confederazione Achea. Lotta politica e rapporti con Roma dal 180 al 146 a.C.*, Cagliari: Università degli Studi di Cagliari, Istituto di storia antica.
- ERRINGTON, R. M. (1969) *Philopoemen*, Oxford: Clarendon Press.
- HARTER-UIBOPUU, K. (1998) *Das zwischenstaatliche Schiedsverfahren im achäischen Koinon. Zur friedlichen Streitbeilegung nach den epigraphischen Quellen*, Köln: Böhlau.
- HILLEN, A. J. (2012) *Strategies of Unity within the Achaean League*, Master of Arts Thesis, Department of History, University of Utah, Salt Lake City.
- JONES, W. H. S. & H. A. ORMEROD (1918) (ed. trans.) *Pausanias. Description of Greece*, Cambridge (MA)/London: Harvard University Press/William Heinemann.
- LARSEN, J. A. O. (1955) *Representative Government in Greek and Roman History*, Berkeley: University of California Press.
- LARSEN, J. A. O. (1968) *Greek Federal States: Their History and Institutions*, Oxford: Clarendon Press.
- LARSEN, J. A. O. (1971) "The Rights of Cities within the Achaean Confederacy", *CPh*, Vol. 66, N° 2, pp. 81- 86.
- LARSEN, J. A. O. (1972) "A Recent Interpretation of the Achaean Assemblies", *CPh*, Vol. 67, N° 3, pp. 178- 185.
- LEHMANN, G. (1983) "Erwägungen zur Struktur des achäischen Bundesstaates", *ZPE* Vol. 51, pp. 237- 261.
- LEHMANN, G. (2001) *Ansätze zu einer Theorie des griechischen Bundesstaates bei Aristoteles und Polybios*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- LIEBERT, H. (2016) "The Achaean League and the American Founding", *History of Political Thought*, Vol. 37, N° 1, pp. 57- 77.
- LOZANO VELILLA, A. (2006) "El problema de la ciudadanía en los estados federales griegos de época helenística. El caso de la Confederación Aquea", en SIMÓN, F., PINA POLO, F. & REMESAL RODRÍGUEZ, J. (eds.) *Repúblicas y ciudadanos: modelos de participación cívica en el mundo antiguo*, Barcelona: Universitat de Barcelona, pp. 115- 129.
- LURAGHI, N. & A. MAGNETTO (2012) "The Controversy between Megalopolis and Messene in a New Inscription from Messene", *Chiron* Vol. 42, pp. 509- 550.
- MACKIL, E. (2013a) *Creating a Common Polity. Religion, Economy, and Politics in the Making of the Greek Koinon*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press.

- MACKIL, E. (2013b) "The Greek *Koinon*", en BANG, P. F. & SCHEIDEL, W. (eds.) *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*, Oxford: University Press, pp. 304- 323.
- MAGNETTO, A. (1997) *Gli arbitrati interstatali greci: dal 337 al 196 a.C.*, vol. II, Pisa: Scuola Normale Superiore.
- MORENO LEONI, A. (2013) "La unidad del Peloponeso. De la imaginación a la territorialización en la Confederación Aquea helenística durante los siglos III-II a.C.", *Polis* 25, pp. 99- 127.
- MORENO LEONI, A. (2015) "Memoria y tiranía en la Confederación Aquea helenística (s. III-II a.C.)", *Emerita*, Vol. 83, N° 1, pp. 133- 156.
- MORETTI, L. (1967) *Iscrizioni storiche ellenistiche*. (Testo crítico, traduzione e commento), vol. I, Firenze: La Nuova Italia.
- O'NEIL, J. (1984-1986) "Political elites in the Achaian and Aitolian leagues", *AncSoc* 15-17, pp. 33- 61.
- PASCUAL, J. (2007) "La *sympoliteia* griega en las épocas clásica y helenística", *Gerión*, Vol. 25, N° 1, pp. 167-186.
- PÉREZ MARTIN, E. (2001) *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, Madrid: Dykinson.
- PERRIN, B. (1921) (ed. trans.) *Plutarch's Lives*, Vol. 10, Cambridge (MA)/London: Harvard University Press/William Heinemann.
- PERRIN, B. (1926) (ed. trans.) *Plutarch's Lives*, Vol. 11, Cambridge (MA)/London: Harvard University Press/William Heinemann.
- RAEDER, A. (1912) *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Vol. I, Oslo: Christiania.
- RIZAKIS, A., D. (2003) "Le collège des nomographes et le système de representation dans le koinon achéen", en BURASELIS, K. & ZOUMBOULAKIS, K. (eds.) *The Idea of European Community in History*, vol. II, Athens: National and Capodistrian University of Athens, Greek Ministry of Education and Religious Affairs, pp. 97- 109.
- RIZAKIS, A., D. (2008) "L'expérience de l'organisation inter civique et supra civique dans la confederation achéenne", en LOMBARDO, M. (ed.) *Forme sovrappoleiche e interpoleiche di organizzazione nel mondo greco antico*, Galatina: Congedo Editore, pp. 274-292.
- RIZAKIS, A. D. (2015) "The Achaian League", en BECK, H. & FUNKE, P. (eds.) *Federalism in Greek Antiquity*, Cambridge: University Press, pp. 118- 131.
- RZEPKA, J. (2002) "Ethnos, Koinon, Sympoliteia and Greek Federal States", en DERDA, T., URBANIK, J. & WĘCOWSKI, M. (eds.) *Εὐεργεσίας χάριν. Studies presented to Benedetto Bravo and Ewa Wipszycka by their Disciples* (Journal of Juristic Papyrology, Suppl. 1), Warsaw: Fundacaja im. Rafała Taubenschlaga, pp. 225- 247.
- TENEKIDES, G. (1954) *La notion juridique d'indépendance et la tradition hellénique. Autonomie et fédéralisme aux V^e et IV^e siècles av. J.-C.*, Athènes: Institut Français d'Athènes.
- TOD, M. N. (1913) *International Arbitration amongst the Greeks*, Oxford: Clarendon Press.
- URBAN, R. (1979) *Wachstum und Krise des achäischen Bundes. Quellenstudien zur Entwicklung des Bundes von 280 bis 222 v. Chr.*, Wiesbaden: Steiner.
- URUEÑA, R. (2008) *Derecho de las Organizaciones Internacionales*, Bogotá: Universidad de Los Andes.
- VIMERCATI, E. (2005) "Plutarco sul federalismo (*Arat.* 24, *Philop.* 8)", *Aevum* 69, pp. 61- 78.
- VLASSOPOULOS, K. (2007) *Unithinking the Greek Polis. Ancient Greek History beyond Eurocentrism*, Cambridge: University Press.
- WALBANK, F. W. (1981) *The Hellenistic World*, Brighton: Harvester Press.

Los Procesos de Integración: ¿Sujetos de derecho internacional público?

Martín Mollard

El presente trabajo tiene la intención de realizar un esbozo sobre la subjetividad de los Procesos de Integración económicos y analizar si ellos podrían constituir una nueva categoría dentro de los sujetos del derecho internacional público (en adelante “DIP”) –de la cual deriva el derecho de la integración– (en adelante, “DI”) o encuadrar, como dicen algunos doctrinarios, en la tipología de las Organizaciones Internacionales (en adelante, “OI”). Para ello analizaremos algunos conceptos y los principales Procesos de Integración de carácter económico, que existen en la actualidad.

1. Concepto de Derecho Internacional Público

Se denomina DIP, según MONCAYO, VINUESA y GUTIÉRREZ POSSE al “conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional”.¹ Sin embargo, posteriormente, GUTIÉRREZ POSSE precisó aún más el concepto, entendiendo que, a partir de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas,² (en adelante, “ONU”) el derecho internacional “deja de ser un conjunto de normas de naturaleza jurídica para ser un sistema de normas jurídicas cada una de cuyos elementos es interdependiente de los demás”.³ Por eso, sostiene que se debe hablar de Moderno Derecho Internacional y lo define como “sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones entre quienes son sus sujetos, integrado por dos subsistemas”.⁴ El primero de ellos, “de coordinación basado en la igualdad jurídica de los Estados, en el que la creación de las normas radica en el acuerdo de voluntades, los intérpretes de las normas así creadas son las partes, y las partes controlan recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas”⁵ y otro subsistema de cuasi-subordinación basado principalmente en normas imperativas⁶ que podría dictar, en algunos casos, el Consejo de Seguridad de la ONU cuando están en peligro la paz y la seguridad internacionales.

TRAVIESO, por su parte, conceptualiza el DIP como “el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de estos con otras entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional, es decir que

¹ MONCAYO, VINUESA y GUTIERREZ POSSE (1990: 14).

² El 24 de octubre de 1945.

³ GUTIERREZ POSSE (2003: 19).

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ Sostiene dicha autora que la mayoría de las normas que rigen en el derecho internacional público son de tipo dispositivo en tanto que unas pocas son de tipo imperativo entendiéndose por tales a aquellas que conforman “un orden público internacional que no puede ser dejado de lado sino se quieren vulnerar los cimientos mismos de la comunidad internacional”, *cf.* GUTIERREZ POSSE (2003: 19).

son sujetos de derecho internacional”.⁷ A su vez, DIEZ DE VELASCO y ESCOBAR HERNÁNDEZ, conocidos doctrinarios españoles, lo caracterizan como “el sistema de normas y principios que forman el ordenamiento jurídico de la Sociedad Internacional contemporánea”⁸ en tanto que el destacado jurista REMIRO BROTONS precisa más el concepto y conceptualiza a esa rama del derecho como el “conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones –derechos y obligaciones– de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden”.⁹

2. Concepto y características de los Sujetos del Derecho Internacional Público

En principio hay que señalar que la condición de sujeto del DIP está íntimamente ligada al ámbito de validez personal de la norma jurídica internacional¹⁰ y por ello sostiene KELSEN que “examinar la esfera de validez personal del derecho internacional es indagar [en] quiénes son los sujetos cuya conducta está regulada por ese derecho”.¹¹

Consecuentemente y a fin de evitar ambigüedades¹² y vaguedades¹³ del término que será el eje del presente trabajo, cabe definir que vamos a conceptualizar como “sujeto” en el contexto del ámbito jurídico citado.

Para ello adherimos a la noción elaborada por BARBERIS, ARMAS PFIRTER y QUEROL, quienes lo definen como “toda entidad o individuo que es destinatario directo de una norma del orden jurídico internacional que otorga un derecho o impone una obligación”.¹⁴ Corresponde expresar que en una obra precedente, BARBERIS había definido al sujeto como “aquel cuya conducta esta prevista directa y efectivamente por el Derecho de Gentes como contenido de un derecho o de una obligación”.¹⁵

En igual sentido, MONCAYO, VINUESA y GUTIÉRREZ POSSE entienden que sujeto de un ordenamiento jurídico es “todo ente que goza de algún derecho o debe cumplir alguna obligación en virtud de tal ordenamiento”.¹⁶ Posteriormente en otra obra, GUTIÉRREZ POSSE señala que la “condición de sujeto de un ordenamiento jurídico es un hecho objetivo que se manifiesta cuando un ente tiene al menos un derecho o una obligación en virtud de ese ordenamiento jurídico”.¹⁷

Hay que recordar que en el contexto de la comunidad internacional el único sujeto originario es el Estado, el cual, junto con otros Estados y por el hecho de ser soberanos, establecen el marco legal sobre el cual van a regir sus mutuas relaciones.

⁷ TRAVIESO (2012:11).

⁸ DIEZ DE VELASCO VALLEJO (2013: 75).

⁹ REMIRO BROTONS *et al.* (1997: 1).

¹⁰ Hay que recordar que Hans Kelsen describió en su “Teoría Pura del Derecho” los cuatro ámbitos de validez que tiene una norma jurídica: territorial, temporal, material y personal, *cf.* KELSEN (2013: 31).

¹¹ KELSEN (2013: 74).

¹² Se dice que un término es “ambiguo” cuando su significado puede entenderse de varios modos o admite diferentes interpretaciones y dar motivos a dudas, confusiones o incertidumbres.

¹³ Se entiende que una palabra es “vaga” cuando su significado es impreciso o indeterminado.

¹⁴ ARMAS PFIRTER, BARBERIS y QUEROL (1999: 20).

¹⁵ BARBERIS (1984: 26); ARMAS PFIRTER, BARBERIS y QUEROL (1999: 21).

¹⁶ MONCAYO, VINUESA y GUTIERREZ POSSE (1990: 14).

¹⁷ GUTIERREZ POSSE (2003: 68).

Los Estados, con el transcurso del tiempo, han ido reconociendo en el marco normativo señalado la existencia de sujetos derivados, como por ejemplo las OI, la Soberana Orden de Malta, la Santa Sede y/o el Estado Ciudad del Vaticano, los grupos beligerantes y en algunos casos los individuos, entre otros. Dicho reconocimiento, que es un acto unilateral de los Estados,¹⁸ se ha plasmado en las fuentes (en sentido formal)¹⁹ del DIP.

Con respecto a los sujetos derivados, cabe recalcar que su capacidad es limitada y no plena –como la que poseen los Estados (sujetos originarios)–, razón por la cual necesitan de su reconocimiento para poder interactuar en el ámbito jurídico internacional. Sin embargo, hay que destacar que la capacidad que detentan los sujetos derivados difiere significativamente entre sí, en virtud al reconocimiento que de ella hagan los Estados.²⁰

3. Concepto y características de un Proceso de Integración

Respeto de la integración económica, BELA BALASSA la entiende

“como un proceso y como un estado de cosas. Considerada como proceso incluye varias medidas para abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diversos Estados nacionales contemplada, como un estado de cosas, puede representarse por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales”.²¹

A su vez, BASALDUA, considera que la ‘integración económica’ concebida como un ‘proceso’, puede definirse [...] como el conjunto de acciones encaminadas a eliminar progresivamente la discriminación entre los distintos espacios económicos involucrados²² y agrega que el “objetivo es conformar una nueva unidad económica, producto de la suma o fusión de los distintos ámbitos espaciales económicos objeto del [Proceso de Integración] económica”.²³

¹⁸Se entiende por acto unilateral “una manifestación de voluntad de un solo sujeto del [derecho internacional], cuya validez no depende prima facie de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos –creación, modificación, extinción o conservación de derechos y obligaciones– para el sujeto que la emite y para terceros en determinadas circunstancias”, cf. DIEZ DE VELASCO (1997: 150).

¹⁹Se entiende por fuente formal en sentido estricto a “los procedimientos de creación de las normas jurídicas” y en sentido amplio son “los medios a los que se acude para determinar la existencia de una determinada norma jurídica, su sentido y su alcance”, cf. GUTIÉRREZ POSSE (2003: 23). Otro tipo de fuente es la material que hace referencia a “las distintas razones que impulsan a los sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente, en el ejercicio de esas capacidades, a establecer una determinada regla de derecho”, cf. GUTIÉRREZ POSSE (2003: 23).

²⁰La Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva conocida como *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, dictada el 11 de abril de 1949, resumió esta postura afirmando que: “en un sistema jurídico, los sujetos de Derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de las comunidad. El desarrollo del Derecho Internacional, en el curso de su historia, se ha visto influido por las exigencias de la vida internacional, y el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho ya surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados”. (Citado en DIEZ DE VELAZCO VALLEJO (2013: 275)).

²¹WIGNEZEK (1964: 6).

²²BASALDUA (1998:24).

²³*Idem*.

Por su parte COHEN ORANTES define la integración como “al proceso mediante el cual dos o más gobiernos adoptan, con el apoyo de instituciones comunes, medidas conjuntas para intensificar su interdependencia y obtener así beneficios mutuos”.²⁴

CZAR DE ZALDUENDO hace referencia a la integración regional y la conceptualiza como el “conjunto de tratamientos preferenciales –tanto económicos como sociales y, tal vez, políticos- que se otorgan Estados pertenecientes a una misma región”.²⁵

Por su lado NEGRO entiende que cuando se hace alusión a un Proceso de Integración regional se hace referencia a sus aspectos histórico-políticos por lo cual, en vez de utilizar esa terminología, considera que es más apropiado emplear el de “esquemas de integración”, ya que con ella se alude a los aspectos jurídicos-institucionales.²⁶

En lo particular entiendo por Proceso de Integración de carácter económico la asociación de dos o más Estados que, con el devenir del tiempo y con el fin de incentivar el comercio mutuo, va evolucionando y profundizando sus vínculos, objetivos e instituciones. Dicha relación comercial, que irá consolidándose progresivamente, abarcará áreas como la jurídica, la administrativa, la política, la educacional, la social, la cultural, etc. Sin embargo, cabe señalar que en sus inicios, un Proceso de Integración puede o no gozar de personalidad jurídica internacional.

Las características de un Proceso de Integración económico son las siguientes:

- 1) Son creados por los Estados;
- 2) Se originan convencionalmente por la suscripción de un tratado en el cual se establece su finalidad, estructura, modos de solución de controversias, etc.;
- 3) No necesariamente “nacen” con personalidad jurídica internacional;
- 4) Generalmente no poseen, en sus primeras etapas, una estructura orgánica permanente;
- 5) Cuando son constituidos, hay una composición intergubernamental de sus instituciones y van apareciendo órganos comunitarios en sus etapas avanzadas.
- 6) En sus inicios, se basan en relaciones de cooperación o de integración entre los Estados parte;
- 7) Como su nombre lo indica, los “procesos” van evolucionando paulatinamente, los cuales irán sufriendo modificaciones con el devenir del tiempo.
- 8) Pueden llegar a constituirse en el marco de una OI o dar lugar a ella, con el transcurso del tiempo.

Los Proceso de Integración económicos pueden clasificarse de las siguientes maneras:

- 1) Subregionales (Comunidad Andina de Naciones (en adelante, “CAN”) y Mercado Común del Sur (en adelante, “MERCOSUR”) o Regionales (Área de Libre Comercio de las Américas (en adelante, “ALCA”); Unión Europea (en adelante, “UE”); Sistema de Integración Centroamericano (en adelante, “SICA”) o Multilaterales (UE – Colombia o si se concreta o UE- MERCOSUR).
- 2) Institucionalizado (MERCOSUR; CAN; UE) o No Institucionalizado (Alianza del Pacífico)

²⁴COHEN ORANTES (DICIEMBRE 1981: 154).

²⁵NEGRO (2018: 19).

²⁶NEGRO (2018: 37).

3) De Integración propiamente dichos (MERCOSUR) o Comunitarios/Supranacionales (UE).

4) Según la etapa de “evolución” en la que se encuentra: Área de Preferencia Arancelaria, Zona de Libre Comercio, Unión Aduanera, Mercado Común, Unión Monetaria e Integración Total.

Algunos autores identifican a los Procesos de Integración con las OI, sin embargo, ello no es correcto ya que: a) ambos “evolucionan” a una velocidad diferente y como consecuencia de intereses divergentes; b) la participación de las personas físicas y jurídicas en el interior del un Proceso de Integración se presenta de una forma totalmente distinta que en una OI; c) las OI tienen una estructura orgánica permanente en tanto que los Procesos de Integración, no necesariamente; d) las OI cuentan con personalidad jurídica internacional mientras que en los Procesos de Integración, esta depende de la etapa en la que se encuentre; e) las OI gozan de privilegios e inmunidades que no suelen encontrarse en las etapas iniciales de un Proceso de Integración; e) las OI se fundan en relaciones de cooperación y no en relaciones de integración en tanto que en el contexto de un Proceso de Integración, se pueden presentar ambas.

4. Etapas de un Proceso de Integración Económica

A medida que los Estados verifican la importancia y utilidad de formar parte de un Proceso de Integración económico, éste evoluciona paulatinamente y la gradualidad en su devenir va acompañada de un desarrollo de las normas e instituciones jurídico-políticas que lo componen.

Cabe señalar que las fases que la mayoría de la doctrina reconoce no se presentan en forma tan clara como la que a continuación se va a desarrollar, sino que las mismas generalmente presentan matices de las categorías más próximas.

Las etapas de un Proceso de Integración son:

- a) Área de Preferencia Arancelaria
- b) Zona de Libre Comercio
- c) Unión Aduanera
- d) Mercado Común
- e) Unión Monetaria
- f) Integración Total

En el Área de Preferencia Arancelaria los Estados que lo conforman se otorgan entre ellos y respecto de ciertos productos, rebajas tarifarias y ciertas concesiones en temas no arancelarios. Ello significa que los Estados asumen mutuamente un bajo compromiso comercial.

La Zona de Libre Comercio se caracteriza por la eliminación gradual de las barreras arancelarias²⁷ y pararancelarias²⁸ establecidas para el comercio de los productos

²⁷ Se entiende por barrera o medida arancelaria los “gravámenes aplicados a la importación de mercancías, que tienen por objetivo modificar los precios relativos para proteger las actividades nacionales, influir en la asignación de recursos, en la distribución del ingreso e incrementar la recaudación impositiva. La recaudación impositiva por razones fiscales, en la actualidad ha perdido importancia pues los gravámenes arancelarios han sido sustituidos por impuestos de distinta naturaleza, por ejemplo los impuestos al consumo. Los gravámenes arancelarios, generalmente se aplican en la fecha del registro de la respectiva solicitud de destinación de importación para consumo”, *cf.* glosario ALADI, disponible en

de los Estados parte del acuerdo,²⁹ lo cual tiene el beneficio de generar un mercado mucho más amplio para esos bienes. Sin embargo, se mantienen los obstáculos respecto de las mercaderías de terceros Estados que no forman parte del área y ello significa que se mantienen los territorios aduaneros de aquellos que componen el Proceso de Integración respecto de los países que no forman parte de él. Esto implica que se conservan los aranceles que se perciben por el ingreso de mercaderías de Estados extrazona cuando pasan de un país a otro, dentro de la zona de libre comercio, por lo cual se solicita a los productos de cada Estado parte, un certificado de origen que permita diferenciarlos de los provenientes de aquellos territorios ajenos al área. A veces se puede acordar liberar los servicios o las inversiones o algún otro aspecto relevante para la economía de los Estados parte. En una zona de libre comercio, la composición de los órganos es de carácter intergubernamental. Un ejemplo clásico en el ámbito americano de zona de libre comercio, lo constituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, “TLCAN” o “NAFTA” –por sus siglas en inglés–) o lo que hubiera sido el Área de Libre Comercio de las Américas (en adelante, “ALCA”).

En una Unión Aduanera³⁰ los integrantes del Proceso de Integración instituyen un arancel externo común para las mercaderías procedentes de terceros países ajenos a la unión aduanera establecida, por lo cual las mercaderías de los Estados parte ya no necesitan contar con el certificado de origen. Ese arancel externo común se distribuye entre aquellos que conforman el Proceso de Integración de acuerdo a lo que pactaron, lo cual se encuentra establecido en el Código Aduanero que comparten. Este hecho significa que se sustituyen los territorios aduaneros de los Estados integrantes por uno solo, que abarca el de todos ellos. En esta etapa se empieza a delinear una persona jurídica de DIP que comenzará a adoptar decisiones vinculantes para los integrantes del Proceso de Integración, que estará facultada para celebrar acuerdos comerciales con otros sujetos del ordenamiento jurídico citado que estén en condiciones de suscribirlos. Ello implica que conjuntamente con los órganos intergubernamentales existentes, comenzaran a delinarse instituciones comunitarias y una de ellas será la encargada de administrar el arancel externo común. Cabe señalar que también que en esta fase de un Proceso de Integración va a empezar a institucionalizarse un sistema de solución de controversias que se ira afianzando a medida que el mismo, se consolide.

En el Mercado Común dejan de existir las fronteras interiores de los Estados parte, lo que permite la libre circulación de los cuatro factores de la producción: personas, bienes, servicios y capitales. Esto significa que, si bien se mantienen las fronteras políticas, surge un mercado único más amplio que el conformado en forma

<http://www.aladi.org/nsfaladi/vbasico.nsf/vbusqueda/8a0059eda6ff7925032574a2005ba804> (último acceso 6/11/2017=.

²⁸ Se entiende por barrera o medida paraarancelaria a las “medidas que aumentan el costo de las importaciones de forma análoga a como lo hacen las medidas arancelarias, es decir, en un determinado porcentaje o suma, calculados respectivamente sobre la base del valor o de la cantidad. Se distinguen básicamente 4 grupos: recargos aduaneros, gravámenes adicionales, gravámenes internos sobre productos importados y aforo aduanero basado en un precio administrativo”, *cf.* glosario ALADI, disponible en <http://www.aladi.org/nsfaladi/vbasico.nsf/1ed4a9f9b2b8176983256937003ee6b8/daebodf405e35936032574a2005ba805?opendocument> (último acceso: 6/11/2017).

²⁹ A veces también la liberalización abarca los servicios, la propiedad intelectual y las inversiones como sucede en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

³⁰ Tanto la zona de libre comercio como la unión aduanera se encontraban reguladas en el artículo xxiv del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (1947).

individual por cada uno de los Estados parte, en el cual se comenzará a aplicar una normativa comunitaria que regula aspectos públicos y privados. Respecto de la organización institucional, empiezan a afianzarse en esta etapa los órganos comunitarios, como por ejemplo el Parlamento regional o el Tribunal de Justicia comunitario. Este último será el encargado de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico del Proceso de Integración y eventualmente dictar sentencias de acatamiento obligatorio para los Estados, las instituciones y para las personas físicas y jurídicas que se desenvuelven en ese ámbito territorial.

En una Unión Económica y Monetaria los Estados parte acuerdan armonizar sus políticas económicas y monetarias a fin de eliminar las asimetrías cambiarias ocasionadas por la liberalización de los factores de la producción que se habían establecido en la etapa precedente. Para ello se constituirá un Banco Central, que va a ser el encargado de administrar las variables macroeconómicas (inflación, déficit, tasas, etc.) y la moneda de uso común. Asimismo se irá consolidando una mayor armonización de políticas industriales fiscales, sociales, cambiarias, de servicios, agrícolas, etc.

Finalmente en una instancia de integración ya se encuentra afianzada la instauración de órganos supranacionales que prevalecen por sobre los de los Estados parte. Se supone, dado que ningún Proceso de Integración ha llegado a esta instancia, que sería lo más parecido a un Estado federal.

Respecto de las diversas etapas del devenir de un Proceso de Integración, hay que comprender que no se pasa de un ciclo a otra en forma terminante sino que la evolución se presenta en forma paulatina por lo cual la mayoría de las veces la identificación de cada fase es bastante confusa entre la precedente y la siguiente. Ello se percibe claramente en el sistema de toma de decisiones y la progresiva participación del individuo en un Proceso de Integración

En efecto, en lo concerniente a la toma de decisiones, cabe señalar que en los inicios de un Proceso de Integración, éstas se toman por consenso o unanimidad dado que los Estados son renuentes a ceder competencias y de hacerlo, pretenden mantener el mayor control posible sobre las disposiciones que consideren que puedan llegar a afectarlos.

Sin embargo, a medida que el Proceso de Integración se va consolidando, los Estados comienzan a aceptar la posibilidad de que la normativa se adopte por algún tipo de mayorías (como sucede en la UE) a fin de que la evolución de la integración estadual sea más dinámica y se consolide.

En lo que se refiere a la participación del individuo en el Proceso de Integración, ello se va produciendo también de forma incipiente y paulatina. Eso es así, entre otras razones, por el interés de los Estados partes en tener cierto control sobre la evolución del Proceso de Integración y el escaso interés inicial de los ciudadanos que habrá que ir despertando a medida que se quiera profundizar su consolidación.

La escasa o nula participación de los ciudadanos se relaciona con lo que se conoce entre los estudiosos de la materia como el “déficit democrático”. Esta situación tendrán que ir revirtiéndola paulatinamente los Estados, si quieren otorgar una mayor legitimidad al proceso integrativo. Ejemplo de ello es la elección de los representantes de los ciudadanos de los Estados parte ante los parlamentos regionales, como en el caso

de la UE, donde a sus miembros se los elige en forma directa desde 1979, pese a que el Parlamento Europeo propiamente dicho existe desde el año 1962.³¹

En lo que respecta al Parlamento de la Comunidad Andina, que comenzó a funcionar en 1984,³² cabe señalar que de los Estados que lo conforman, solamente Bolivia, Ecuador y Perú eligen directamente a sus representantes,³³ en tanto que con relación al Parlamento del MERCOSUR, que comenzó a funcionar en el año 2007,³⁴ solamente Argentina y Paraguay eligen a sus parlamentarios³⁵ por voto directo.

Otro punto relevante de la participación del ciudadano en un Proceso de Integración se manifiesta en su posibilidad de acceso a su sistema de solución de controversias. Dicha intervención se instrumenta en sus etapas iniciales en forma indirecta (como por ejemplo en el MERCOSUR y TLCAN) y se facilita con la consolidación de la integración (como por ejemplo sucede en la Comunidad Andina y en la UE).

Asimismo es interesante hacer referencia a la forma en la que se recepciona y aplica la normativa del Proceso de Integración en las diferentes fases evolutivas del mismo. Esto está vinculado a la integración y a la aplicabilidad directa de la norma en los ordenamientos internos de los Estados parte y la posibilidad del ciudadano de poder invocarla, lo cual siempre resulta mucho más fácil en las etapas finales de los Procesos de Integración.

5 Subjetividad Internacional de los Procesos de Integración

5.1. Unión Europea

La UE, como Proceso de Integración, se originó el 18 de abril de 1951 con la firma del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero (en adelante, “CECA”)³⁶ y se consolidó con la suscripción el 25 de marzo de 1957 de los tratados que dieron lugar a la Comunidad Económica Europea (en adelante, “CEE”) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, “CEEA”)³⁷ por parte de Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo.

En la actualidad, la UE se encuentra conformada por 28 Estados³⁸ que son, además de los ya mencionados, Austria, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania y Suecia.

³¹ Existe el antecedente de la Asamblea General creada en 1952 en el marco de la CECA y luego replicada en el marco de la CEEA y de la CEE.

³² Creado en el año 1979.

³³ Hasta 1997, que entró en vigor el Protocolo de Trujillo suscripto el año anterior, sus representantes eran elegidos indirectamente por los parlamentos nacionales.

³⁴ Creado en el año 2006.

³⁵ Un acuerdo entre los Estados parte suscripto en 2009 estableció la elección directa de los representantes al Parlamento del MERCOSUR.

³⁶ Entró en vigor el 23/07/1952.

³⁷ Entraron en vigor el 1/01/1958.

³⁸ El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ingresó a la actual UE el 1/1/1973 e inició el proceso de retiro el día 29 de marzo de 2017, disponible en https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/unitedkingdom_es#brexit (último acceso: 3/9/2017).

La UE surgió con la finalidad de conformar en un plazo de 12 años contados desde 1957 un mercado común,³⁹ el cual se constituyó a partir de una unión aduanera⁴⁰ y hoy se encuentra en vías de consolidarse como una unión económica y monetaria.⁴¹

Desde la firma de los tratados de 1951 y de 1957, que dan lugar a la actual UE, se han suscripto varios instrumentos jurídicos como son el Tratado de Fusión (8/04/65),⁴² el Acta Única Europea (17/2/86),⁴³ el Tratado de Maastricht o de la UE (7/02/92),⁴⁴ el Tratado de Ámsterdam (2/10/97),⁴⁵ el Tratado de Niza (26/02/01)⁴⁶ y el Tratado de Lisboa (13/12/07).⁴⁷ Dichos acuerdos han ido modificando diversos temas como la estructura de las instituciones, a fin de, *inter alia*, adecuarlas al ingreso paulatino de nuevos Estados al Proceso de Integración, crear nuevos órganos, reconocer derechos, y ampliar competencias.

Desde el año 2009,⁴⁸ la UE tiene personalidad jurídica internacional,⁴⁹ lo que significa que puede: a) “celebrar y negociar acuerdos internacionales respetando sus competencias externas; b) convertirse en miembro de una OI, y c) adherirse a convenios internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, estipulado en el artículo 6(2) del Tratado de la UE”.⁵⁰

Ésta circunstancia se encuentra establecida en el artículo 47 del Tratado de la UE,⁵¹ que dispone que “[l]a Unión tiene personalidad jurídica”; sin embargo también es relevante hacer referencia a lo que habían pactado los representantes de los gobiernos de los Estados parte el 23 de julio de 2007 en la conferencia en la cual se adoptan diferentes declaraciones anexas al Acta Final, entre las cuales cabe mencionar la n° 24, titulada “Declaración relativa a la personalidad jurídica de la Unión Europea”. En ella se establece que “el hecho de que la Unión Europea tenga personalidad jurídica no autorizara en modo alguno a la Unión a legislar o actuar mas allá de las competencias que los Estados miembros le han atribuido”.

³⁹ El artículo 8(1) del Tratado Constitutivo de la CEE disponía “el mercado común se establecerá progresivamente durante un periodo transitorio de doce años”. En el artículo 2 también se hace referencia a la aspiración de los signatarios de constituir un mercado común. Cabe señalar que el artículo 3(c) del Tratado de la UE suscripto en Maastricht señala: “un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales”.

⁴⁰ Artículo 9 del Tratado Constitutivo de la CEE.

⁴¹ El actual artículo 3° del Tratado de la UE establece en el apartado 4 que “la unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro”.

⁴² Entró en vigor el 1/07/1967.

⁴³ Entró en vigor el 1/07/1987.

⁴⁴ Entró en vigor el 1/11/1993.

⁴⁵ Entró en vigor el 1/05/1999.

⁴⁶ Entró en vigor el 1/02/2003.

⁴⁷ Entró en vigor el 1/12/2009 y está conformado por el Tratado de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la UE.

⁴⁸ Cabe recordar que la UE sustituye y sucede a la Comunidad Europea (artículo 1 del tratado de la UE) que era la institución que detentaba anteriormente la personalidad jurídica (artículo 281 del Tratado de la Comunidad Europea) y que el Tratado de Lisboa se firmó en el año 2007.

⁴⁹ Hasta que la CECA expiró en el año 2002, tuvo subjetividad internacional al igual que la CEE –actual UE– y la CEEA.

⁵⁰ Disponible en http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/union_legal_personality.html?locale=es (último acceso: 1/08/2017).

⁵¹ Que conjuntamente con el Tratado de Funcionamiento de la UE (anterior al Tratado de la Comunidad Europea), conforman el Tratado de Lisboa el cual esta en vigor desde fines del año 2009.

Hecha la aclaración, resulta interesante lo expresado por MANGAS MARTIN sobre la UE, quien sostiene que “aunque el [Tratado de la UE] en 1992 no había atribuido explícitamente personalidad jurídica a la [UE], ni en 1997 ni en 2000, la Unión Europea tuvo a partir de 1997 cierto reconocimiento en función de su efectividad en el ejercicio de sus competencias y funciones especialmente en materia de [Política Exterior y de Seguridad Común] y de cooperación policial y judicial”⁵² ya que “tras la reforma de Ámsterdam se reconoció competencia a los dos pilares intergubernamentales para suscribir acuerdos internacionales [antiguo artículo 24 Tratado de la UE]”.⁵³

La personalidad jurídica de la UE se fundamenta, según LIÑAN NOGUERAS⁵⁴ en a) la facultad de poder concluir tratados internacionales, b) el hecho de poseer el derecho de legación pasivo y activo, c) la participación en organizaciones y conferencias internacionales: d) su responsabilidad internacional en forma activa y pasiva, y e) la facultad de establecer medidas restrictivas.

Por su parte, MANGAS MARTIN entiende “que para poder atribuir personalidad jurídica internacional a una [OI] es [importante] que estemos ante una asociación voluntaria de Estados, con base convencional. Que posea sus propios órganos, que traduzca una voluntad distinta de sus Estados miembros, y que tenga competencias normativas y las ejerza efectivamente, además de en el plazo interno, en el externo”.⁵⁵ Y agrega que “[e]n efecto, la [UE] suscribe acuerdos internacionales, goza de privilegios e inmunidades, ejerce derechos y asume obligaciones en el orden internacional y, por tanto, mantiene relaciones diplomáticas directas con otros sujetos internacionales”.⁵⁶

La UE es el Proceso de Integración más avanzado actualmente en el mundo y en su estructura institucional existen órganos comunitarios como la Comisión que vela “por los intereses generales de la [UE] proponiendo y comprobando que se cumpla la legislación y aplicando las políticas y el presupuesto”⁵⁷ de esa OI, con caracteres particulares.

En este contexto, la UE ha firmado acuerdos con diversos Estados y OI, como por ejemplo, la Organización Mundial de Comercio⁵⁸ y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, y también se encuentra negociando un acuerdo con otro Proceso de Integración como el MERCOSUR.

La UE es observadora permanente ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos.

5.2. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

Esta asociación (conocida por el acrónimo ALALC), que se originó con la suscripción del Tratado de Montevideo el 18 de febrero de 1960,⁵⁹ estuvo conformada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú,

⁵² MANGAS MARTÍN Y NOGUERAS (2015:49).

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ MANGAS MARTÍN Y NOGUERAS (2015: 523- 529).

⁵⁵ MANGAS MARTÍN Y NOGUERAS (2015: 49).

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Disponible en https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_es (último acceso: 20/08/2018).

⁵⁸ Desde el 1/01/1995 según página de la OMC.

⁵⁹ Entró en vigor el 1/06/1961, y es conocido también como TM 60.

Uruguay y Venezuela. En él se estipulaba, entre otras metas, la de crear, en forma gradual y progresiva, un mercado común latinoamericano⁶⁰ a partir de la conformación de una zona de libre comercio⁶¹ que debía alcanzarse en un término de 12 años, desde la fecha de entrada en vigor de acuerdo. Dicho período fue prorrogado por el plazo de 8 años a través de la suscripción del Protocolo de Caracas (Venezuela) en 1969,⁶² pero no se alcanzó la meta prevista.

Ese instrumento jurídico primigenio también establecía en su artículo 46 que la ALALC tenía personalidad jurídica internacional,⁶³ la cual la facultaba para contratar, adquirir bienes muebles e inmuebles necesarios para poder cumplir sus objetivos y disponer de ellos. Asimismo podía demandar en juicio y conservar sus fondos en cualquier moneda llevando a cabo las transferencias que considerase necesarias. Respecto de sus órganos principales, hay que resaltar que su composición era netamente intergubernamental y que en el marco de Comité de Ejecutivo Permanente funcionaba una Secretaria que, entre otras actividades tenía la de organizar el trabajo del comité citado y de la Conferencia de las Partes Contratantes.

5.3. Asociación Latinoamericana de Integración

Esta asociación –conocida como ALADI– que sucedió a la ALALC, se originó con la suscripción el 12 de agosto de 1980 del Tratado de Montevideo⁶⁴ entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Posteriormente ingresaron Cuba y Panamá, en tanto que Nicaragua se encuentra en proceso de adhesión.⁶⁵

Esta institución tiene como finalidad lograr un mercado común latinoamericano⁶⁶ a través de tres formas diferentes: a) las preferencias arancelarias regionales; b) los acuerdos de alcance regional o, c) los acuerdos de alcance parcial. Por ello se entiende que el Tratado de Montevideo de 1980 es un tratado marco a partir del cual los Estados parte pueden suscribir acuerdos que den como resultado la instrumentación de las posibilidades citadas.

Cabe señalar que al igual que su predecesora, la ALADI tiene personalidad jurídica internacional⁶⁷ poseyendo para ello, las mismas facultades que se habían establecido para la ALALC en su instrumento constitutivo.⁶⁸

La ALADI, al igual que lo que sucedía en el caso de la ALALC, también mantiene la composición intergubernamental de sus instituciones más relevantes, siendo la más importante el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, conformado por los funcionarios que detentan ese cargo en los Estados parte.

La Secretaria, que tiene su sede en la ciudad de Montevideo (Uruguay), está a cargo de un Secretario General que ejerce sus funciones por un período de 3 años y

⁶⁰ Preámbulo y artículo 54 del tratado TM 60.

⁶¹ Preámbulo y artículos 1° y 2° del tratado TM 60.

⁶² Se firmó el 12/12/69 y entró en vigor el 1/01/74.

⁶³ Artículo 46 del TM 60.

⁶⁴ Entró en vigor el 18 de marzo de 1981 y conocido también como TM 80.

⁶⁵ Disponible en <http://www.aladi.org/sitioaladi/paisesmiembros.html> (último acceso: 24/10/2017).

⁶⁶ Preámbulo y artículos 1 y 3 del TM 80.

⁶⁷ Artículo 52 del TM 80.

⁶⁸ Artículo 46 del TM 60 y artículo 54 del TM 80.

puede ser reelegido por un ejercicio.⁶⁹ Dicha autoridad es elegida por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores⁷⁰ y entre otras funciones desempeñará el carácter de secretario de todos los órganos políticos de la ALADI (Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Conferencia de Evaluación y Convergencia y el Comité de Representantes).⁷¹

5.4. Alianza del Pacífico

Este Proceso de Integración está conformado por Chile, Colombia, México y Perú y aspiran a formar parte de él, Australia, Canadá, Costa Rica, Nueva Zelanda, Panamá y Singapur.⁷² El Tratado Marco fue suscripto el 6 de junio de 2012,⁷³ y ha sido modificado por el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (10/02/2014),⁷⁴ y el Primer Protocolo Modificatorio del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (3/07/2015).

Los Estados parte de la Alianza del Pacífico conformaron una zona de libre comercio⁷⁵ que aspira progresivamente a lograr la libre circulación de los bienes, servicios, capitales y personas.⁷⁶ Respecto de sus instituciones, cabe señalar que su composición es de carácter intergubernamental, siendo la más relevante de ellas, el Consejo de Ministros conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior de los Estados parte.

La Alianza del Pacífico es un Proceso de Integración que hasta el momento no cuenta con personalidad jurídica internacional.

5.5. Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El TLCAN fue suscripto el 17 de diciembre de 1992⁷⁷ por Canadá, Estados Unidos y México y da origen a una zona de libre comercio,⁷⁸ la cual actualmente está sometida a un proceso de revisión por parte de los Estados mencionados.

Cabe señalar que la composición de los órganos principales de este Proceso de Integración es netamente intergubernamental y que no tiene personalidad jurídica

⁶⁹ Artículo 38 del TM 80.

⁷⁰ Artículo 30 K del TM 80.

⁷¹ Artículo 38 del TM 80.

⁷² Pese al poco tiempo transcurrido desde su creación, el proceso de integración cuenta con más de 52 Estados observadores de todo el mundo entre los cuales cabe mencionar: Australia, Argentina, República Popular China, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Israel, Japón, Marruecos, Nueva Zelanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suiza y Turquía. Disponible en https://alianzapacifico.net/termino-en-ottawa-la-iv-ronda-de-negociaciones-de-la-alianza-del-pacifico-y-los-paises-candidatos-a-estadoasociado/?sf_action=get_data&sf_data=all&_sft_category=estado-asociado (último acceso: 20/8/2018).

⁷³ Entró en vigor el 20/07/2015.

⁷⁴ En vigor desde el 1/05/2016.

⁷⁵ Artículo 1(1) del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

⁷⁶ Preámbulo del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

⁷⁷ Entró en vigor el 1/01/1994.

⁷⁸ Artículo 101 del tratado.

internacional, pudiendo encuadrarse dentro del DI. El órgano más relevante es la Comisión de Libre Comercio, que está conformado por los Ministros de Comercio de los Estados parte o aquel que cada miembro considere oportuno. Una característica del órgano administrativo de este Proceso de Integración es la creación de 3 secretarías (artículo 2002), una por cada uno de los Estados parte con sede en Ottawa (Canadá), México D.F. (México) y Washington D.C. (Estados Unidos). Estas instituciones son supervisadas por la Comisión de Libre Comercio y el secretario de cada sección es designado por cada uno de los estados, los cuales asumen los costos que cada una de sus representaciones produzcan.

5.6. Sistema de Integración Centroamericano

El SICA está constituido por Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, y se originó con la suscripción del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos firmado el 13 de diciembre de 1991,⁷⁹ el cual tiene fines políticos, económicos, sociales y culturales, entre otros. Cabe señalar que este instrumento jurídico sufrió modificaciones en virtud de la Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa.⁸⁰

Como subsistema integrado al SICA, se encuentra el Subsistema de Integración Económico Centroamericano (en adelante, “SIECA”) conformado a partir de la firma del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala) por parte de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá el 29 de octubre de 1993.⁸¹ Este tratado fue modificado por la Enmienda al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala) que fue suscripta el 27 de Febrero de 2002.⁸²

Este Proceso de Integración aspira a implementar una unión aduanera⁸³ en forma parcial y progresiva para el año 2024⁸⁴ partiendo del perfeccionamiento de una zona de libre comercio.⁸⁵

El SICA posee personalidad jurídica internacional conforme lo establecido en el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA.⁸⁶

Respecto de los principales órganos, tanto en la SICA como en la SIECA, hay que señalar que están conformados por los representantes de los Estados parte, lo cual significa que son intergubernamentales.

La Secretaría de la SICA tiene su sede en la ciudad de San Salvador (El Salvador) y el Secretario General es elegido por la Reunión de Presidentes (órgano

⁷⁹ Este Protocolo modificó la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos suscripta en 1951 y entró en vigor el 23/07/1992.

⁸⁰ Firmada el 27/02/2002 y en vigor desde el 18/01/2003.

⁸¹ Entró en vigor el 17/08/1995.

⁸² Entró en vigor el 17/05/2003.

⁸³ Artículo 15 del protocolo de Guatemala.

⁸⁴ Estado de situación de la integración económica centroamericana publicado por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (primer semestre 2016), disponible en <http://infotrade.minec.gob.sv/ca/wp-content/uploads/sites/7/2018/02/estado-de-situaci%e3%b3n-julio-2016.pdf> (último acceso: 24/06/2018).

⁸⁵ Artículo 7 del Protocolo de Guatemala.

⁸⁶ Artículo 29, 30 y 31 del Protocolo de Tegucigalpa.

político supremo de la SICA) por un periodo de 4 años⁸⁷ teniendo, entre otras funciones, la de representar a la organización en el plano internacional.⁸⁸ Por su parte en el marco de la SIECA también hay un Secretario General que es nombrado por el Consejo de Ministros de Integración Económica por un periodo de 4 años.⁸⁹ Esta autoridad está a cargo de la Secretaria de Integración Económica Centroamericana de la SIECA, que tiene su sede en la ciudad de Guatemala (Guatemala) y se encarga de los asuntos económicos del Proceso de Integración, trabajando en forma conjunta con la Secretaria de la SICA.⁹⁰ La Secretaria de la SIECA tiene, según el Protocolo de Guatemala, personalidad jurídica⁹¹ al igual que las Secretarías del Consejo Monetario Centroamericano y del Consejo Agropecuario Centroamericano.⁹²

5.7. Comunidad del Caribe

La Comunidad del Caribe (en adelante, “CARICOM”) se originó con la firma el 4 de julio de 1973⁹³ del Tratado de Chaguaramas (Trinidad y Tobago) por parte de Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago, el cual fue modificado por el Tratado Revisado de Chaguaramas suscripto en 6 de febrero de 2002⁹⁴ y está conformada actualmente por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Monserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago.

Los Estados parte de la CARICOM buscan constituir un “mercado único” y “una unión económica” pero no se han puesto de acuerdo en el alcance que le asignan a dichos términos. Asimismo, son reacios a ceder competencias y han establecido altos niveles de excepciones al arancel externo común, lo cual nos lleva a encuadrar al Proceso de Integración como a una unión aduanera imperfecta.

El Tratado Revisado de Chaguaramas señala que la Comunidad tiene personalidad jurídica plena⁹⁵ y agrega que también puede “concertar acuerdos con los Estados y con las [O.I.]”.

Los órganos ejecutivos son intergubernamentales y la normativa que de ellos emana para ser aplicada en sus ámbitos internos, debe ser recepcionada por los Estados parte. La Secretaria, que es un órgano técnico administrativo, está a cargo de un Secretario General elegido por consenso por la Conferencia de Jefes de Gobierno a propuesta del Consejo de Ministros de la Comunidad.⁹⁶ Dicha autoridad, entre otras funciones, representa a la CARICOM internacionalmente y tiene su sede en la ciudad de Georgetown (Guyana).⁹⁷

⁸⁷ Artículo 25 del Protocolo de Tegucigalpa.

⁸⁸ Artículo 26 del Protocolo de Tegucigalpa.

⁸⁹ Artículo 43.2 del Protocolo de Guatemala.

⁹⁰ Artículo 28 del Protocolo de Tegucigalpa.

⁹¹ Artículo 43 del Protocolo de Guatemala.

⁹² Artículo 50 del Protocolo de Guatemala.

⁹³ En vigor desde el 1/08/1973.

⁹⁴ En vigor desde el 1/01/2006.

⁹⁵ Artículo 228 del Tratado Revisado de Chaguaramas.

⁹⁶ Artículo 24 del Tratado Revisado de Chaguaramas.

⁹⁷ Artículo 23 del Tratado Revisado de Chaguaramas.

5.8. Mercado Común del Sur

El MERCOSUR está conformado actualmente por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela⁹⁸ y el instrumento jurídico que le dio origen fue el Tratado de Asunción suscripto por los primeros cuatro países el 26 de marzo de 1991.⁹⁹

Cabe señalar que también forman parte del derecho originario¹⁰⁰ otros instrumentos jurídicos, como por ejemplo, el Protocolo de Brasilia,¹⁰¹ el Protocolo de Ouro Preto,¹⁰² el Protocolo de Olivos¹⁰³ y el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.¹⁰⁴

El MERCOSUR es una unión aduanera imperfecta en virtud de las excepciones existentes en el Arancel Externo Común y en el comercio intrazona.¹⁰⁵

Este Proceso de Integración tiene personalidad jurídica de derecho internacional conforme a lo establecido en el Protocolo de Ouro Preto,¹⁰⁶ para lo cual puede “practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, [...] contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias”¹⁰⁷ y además está facultado para celebrar acuerdos de sede.¹⁰⁸

Los órganos ejecutivos del Proceso de Integración están constituidos por los representantes de los Estados parte y la Secretaría del MERCOSUR, que tiene su sede en Montevideo (Uruguay),¹⁰⁹ está a cargo de un director elegido por el Grupo Mercado Común y designado por el Consejo Mercado Común (dos de los órganos políticos de mayor jerarquía en el Proceso de Integración) quien ejerce sus funciones por un período de 2 años, sin posibilidad de ser reelecto.¹¹⁰

Finamente, cabe señalar que en algunos Estados no hay una incorporación directa de la normativa que surge de esas instituciones y que el ciudadano del MERCOSUR no tiene un acceso directo al sistema de solución de controversias existente.

5.9. Comunidad Andina de Naciones

⁹⁸ Se encuentra suspendido desde el 5/08/2017, disponible en <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8469/1/innova.front/decision-sobre-la-suspension-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-en-el-mercosur> (último acceso: 20/08/2018).

⁹⁹ En vigor desde el 29/11/1991.

¹⁰⁰ Se entiende por derecho originario a los tratados celebrados entre los Estados y que dan origen o modifican algún aspecto del proceso de integración en tanto que el derecho derivado es el conjunto de normas que emanan de sus instituciones.

¹⁰¹ Firmado el 17/12/1991 y en vigor desde el 22/04/1993.

¹⁰² Firmado el 17/12/1994 y en vigor desde el 15/12/1995.

¹⁰³ Firmado el 18/02/2002 y en vigor desde el 1/01/2004.

¹⁰⁴ Firmado el 24/07/1998 y en vigor desde el 17/01/2002.

¹⁰⁵ Sostiene CZAR DE ZALDUENDO (y coincidimos con ella) que el MERCOSUR se encuadra en el derecho de la integración y no en el derecho comunitario.

¹⁰⁶ Artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto.

¹⁰⁷ Artículo 35 del Protocolo de Ouro Preto.

¹⁰⁸ Artículo 36 del Protocolo de Ouro Preto.

¹⁰⁹ Artículo 31 del Protocolo de Ouro Preto.

¹¹⁰ Artículo 33 del Protocolo de Ouro Preto.

Este Proceso de Integración –denominado aquí “CAN”–, conformado actualmente por Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia, constituye una unión aduanera y se originó con la firma del Acuerdo de Cartagena el día 26 de mayo de 1969 en Santa Fé de Bogota (Colombia).¹¹¹

Luego de la suscripción del Acuerdo de Cartagena, se han firmado varios tratados más que han modificado lo acordado originalmente, entre los cuales cabe señalar: a) Protocolo de Quito;¹¹² b) Protocolo de Cochabamba;¹¹³ c) Protocolo de Trujillo;¹¹⁴ y d) Protocolo de Sucre.¹¹⁵

Todos ellos han transformado diversos aspectos de la organización institucional y el funcionamiento del Proceso de Integración, través de, por ejemplo, la incorporación del Parlamento Andino y del Tribunal de Justicia como órganos principales, la postergación de la aplicación del arancel externo común (Protocolo de Quito), la creación de la Comunidad Andina propiamente dicha o del Sistema Andino de Integración, la incorporación al sistema del Consejo Presidencial Andino y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Protocolo de Trujillo), la creación de nuevas competencias del Tribunal de Justicia (Protocolo de Cochabamba), o, finalmente, el establecimiento de cambios en las relaciones exteriores y el comercio intra-subregional de servicios y la reglamentación de la incorporación de los miembros asociados (Protocolo de Sucre).

La CAN tiene personalidad jurídica desde la entrada en vigor del Protocolo de Trujillo que señala que la “Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional”.¹¹⁶

Este Proceso de Integración posee rasgos comunitarios; sin embargo todos sus órganos ejecutivos son de composición intergubernamental. Actualmente la CAN se podría encuadrar como una unión aduanera que aspira a constituirse en un mercado común.

La Secretaria General¹¹⁷ es el órgano ejecutivo¹¹⁸ de la organización y esta a cargo de una autoridad que es elegida por consenso por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores conjuntamente con la Comisión Andina el cual ejerce su cargo en la ciudad de Lima (Perú) durante un período de 5 años, pudiendo ser reelectos por un único ejercicio.

5.10. Unión de Naciones Suramericanas

La Unión de Naciones Suramericanas (en adelante, “UNASUR”) es una OI que está conformada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana,

¹¹¹ El tratado entro en vigor el 16/10/1969 y originariamente fue suscripto también por Chile (que se retiró el 30/10/1976). Cabe señalar que Venezuela integró este proceso de integración entre 1973 y 2006.

¹¹² Se firmó el 12/05/87 y entró en vigor el 25/05/88.

¹¹³ Se firmó el 28/05/96 y entró en vigor el 25/08/99.

¹¹⁴ Se firmó el 10/03/96 y entró en vigor el 3/06/97.

¹¹⁵ Se firmó el 25/06/97 y entró en vigor el 14/04/03.

¹¹⁶ Artículo 48 del Acuerdo de Cartagena.

¹¹⁷ Es el órgano sucesor de la junta que era el órgano originario que en el marco del Acuerdo de Cartagena (1969), cumplía algunas de las funciones asignadas actualmente a la Secretaria General.

¹¹⁸ Artículo 29 del Acuerdo de Cartagena.

Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela, pese a que en el tratado constitutivo también se autodefine indirectamente como un Proceso de Integración.¹¹⁹

Se instituyó con la firma del Tratado Constitutivo de UNASUR el 23/5/2008¹²⁰ y en él no se señala cuál de las etapas tradicionales de la integración económica, pretenden alcanzar los Estados que lo suscribieron.¹²¹

La UNASUR tiene personalidad jurídica internacional¹²² y la mayoría de sus órganos son de carácter intergubernamental en tanto que la Secretaria General que tiene su sede en Quito (Ecuador)¹²³ y es el órgano ejecutivo de la O.I., esta a cargo de un Secretario designado por el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno a propuesta del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores. Dicha función la ejerce por un periodo de 2 años y puede ser reelecto en su cargo por un ejercicio.

5.II. Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico

El Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (en adelante, “APEC”) está conformado por Australia, Brunei, Canadá, Corea del Sur, Chile, Estados Unidos de América, Filipinas, Hong Kong, Indonesia, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Papua-Nueva Guinea, Perú, Republica Popular China, Rusia, Singapur, Tailandia, Taiwan y Vietnam.

Se originó en 1989¹²⁴ a propuesta del Primer Ministro australiano Bob Hawke y se consolidó principalmente a través de la Declaración de Bogor (Indonesia) del 15 de noviembre de 1994 en la cual se estableció como uno de los objetivos principales, el de establecer una zona de libre comercio entre todos los Estados parte a más tardar en el 2020.

La particularidad de la APEC es que los compromisos asumidos por los órganos, mayoritariamente intergubernamentales, no son vinculantes y se adoptan en forma voluntaria y por el consenso de los Estados parte. La Secretaria de la APEC tiene su sede en la ciudad de Singapur (Singapur) y está encabezada por un Director Ejecutivo y un Vicedirector Ejecutivo que desempeñan su cargo por un término de 3 años. Las funciones de esta institución son principalmente de carácter administrativo y se centralizan en la gestión de los proyectos consensuados.

Cabe señalar que este Proceso de Integración no posee subjetividad internacional.

5.I2. Asociación de Naciones del Sudeste Asiático

¹¹⁹ Artículos 6 “a”, 8 “e”, 9 “g” y 18 del tratado constitutivo de la UNASUR.

¹²⁰ Entro en vigor el 11/03/2011.

¹²¹ Sin embargo es relevante señalar que en el marco de la Comunidad Sudamericana de Naciones que constituye un antecedente de la UNASUR, sus Estados parte emitieron el 30/09/2005 la “Declaración sobre la convergencia de los procesos de integración en América del Sur” en la cual se plasmaba la intención de crear una zona de libre comercio sudamericana.

¹²² Artículo 1 del tratado constitutivo de la UNASUR.

¹²³ Artículo 10 del tratado constitutivo de la UNASUR.

¹²⁴ El 31/01/1989 en un discurso que pronunció en Seúl (Corea del Sur).

La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (en adelante, “ASEAN”) es una OI que se conformó a partir de la firma de la Declaración de Bangkok en 1967¹²⁵ con el objetivo principal de regular aspectos económicos, políticos, sociales, culturales y educativos de la región. Actualmente está constituida por Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam. El instrumento jurídico inicial fue complementado, entre otros tratados, por: a) la Declaración de zona de paz, libertad y neutralidad de Kuala Lumpur del 27 de noviembre de 1971; b) el Tratado de Amistad y Cooperación del Sudeste Asiático firmado en Bali (Indonesia) el 24 de febrero de 1976;¹²⁶ c) el Tratado del Sudeste Asiático sobre Declaración del Sudeste Asiático como zona libre de armas nucleares firmado en Bangkok (Tailandia) el 15 de diciembre de 1995;¹²⁷ d) la Declaración Visión 2020 suscripta 15 de diciembre de 1997 en Kuala Lumpur (Malasia); e) la Carta de la ASEAN firmada el 20 de noviembre de 2007¹²⁸ en Singapur (Singapur) y f) la Declaración “Visión de la Comunidad ASEAN 2025” firmada en Kuala Lumpur (Malasia) el 27/11/2015.

Desde la entrada en vigor de la Carta de la ASEAN, esta institución tiene personalidad jurídica internacional.¹²⁹ Asimismo hay que señalar que la organización tiene representaciones entre otras ciudades en Londres, Berlín, Ginebra, Nueva York, Ottawa, París, Pekín, Seúl, Tokio y Washington DC.

En 1992, en una reunión de Jefes de Estado que se celebró en Singapur, se decidió constituir una zona de libre comercio en un plazo de 15 años a partir del 1 de enero de 1993 conocida con el nombre de AFTA (*ASEAN Free Trade Area*). La siguiente meta a alcanzar, en lo que hace a la integración económica, la constituye la conformación de un mercado único para el año 2020, según lo expresado en las declaraciones “Visión 2020” y “Visión de la Comunidad ASEAN 2025”. Cabe señalar que los órganos ejecutivos son de composición intergubernamental y que no existe una aplicación directa en los Estados parte de la normativa que de ellos emanan.

La Secretaría¹³⁰ que tiene su sede en Yakarta (Indonesia) está a cargo de un Secretario designado por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno el cual ejerce sus funciones por un periodo no renovable de 5 años. Con el nombre de los Estados en inglés, se conforma una lista y ella es la que se sigue para elegir cual es la nacionalidad que detendrá el futuro Secretario. Las funciones de esta institución son de carácter administrativo y se centralizan en poner en práctica los propósitos y principios establecidos en la Carta de la ASEAN.

5.13. Procesos de Integración que no entraron en vigor, atípicos o que resultaron inviables

En las últimas décadas, a pesar de que se ha creado un gran número de Procesos de Integración, también existieron instancias de proyectos que finalmente no entraron en vigor o que resultaron inviables.

¹²⁵ Firmada el 8/08/1967.

¹²⁶ Entró en vigor el 21/06/1976.

¹²⁷ Entró en vigor el 27/03/1997.

¹²⁸ Entró en vigor el 15/12/2008.

¹²⁹ Art 3 de la Carta de la ASEAN.

¹³⁰ Artículo 11 de la Carta de la ASEAN.

Por ejemplo, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico¹³¹ fue firmado el 8 de marzo de 2018¹³² en Santiago de Chile (Chile) por Canadá, México, Perú, Chile, Japón, Malasia, Singapur, Brunei, Vietnam, Australia y Nueva Zelanda con el fin de dar origen a una zona de libre comercio¹³³ entre los países mencionados. Sus órganos son todos de carácter intergubernamental y hasta el momento no se ha contemplado la creación de un órgano administrativo que cumpla las funciones de una secretaria ni tiene este Proceso de Integración personalidad jurídica.

En el marco de la Unión Africana, una OI constituida por todos los Estados africanos, originada con la firma de su Acta Constitutiva el 11 de julio de 2000, el 21 de marzo de 2018¹³⁴ se suscribió el Tratado que establece el Área de Libre Comercio de África Continental,¹³⁵ por medio del cual se crea una zona de libre comercio,¹³⁶ conformada por 44 de los 55 Estados parte de la Unión Africana.¹³⁷ Este instrumento prevé la creación de una Secretaría,¹³⁸ aunque aún no se determinó cuál sería su sede ni la duración del mandato del/la Secretario/a. Dicha institución tendría personalidad jurídica internacional.¹³⁹ Sin embargo, cabe señalar que muchos aspectos normados en el tratado y que hacen al funcionamiento y a la organización del área de libre comercio todavía se encuentran en una etapa de adopción e instrumentación.

Asimismo, el Área de Libre Comercio de las Américas (en adelante, “ALCA”) fue un proyecto que buscaba constituir una zona de libre comercio¹⁴⁰ que involucrase a los entonces 34 países democráticos del continente,¹⁴¹ con excepción de Cuba. La propuesta de crear este Proceso de Integración se inició a instancias de los Estados Unidos a mediados de la década del ‘90¹⁴² y se esperaba que entrara en vigor para el año 2005, pero los cambios político-ideológicos que sucedieron en el continente con el surgimiento de gobiernos de centro izquierda (Néstor Kirchner en Argentina, Luis Inacio Lula da Silva en Brasil y Hugo Chávez en Venezuela) hicieron fracasar el proyecto, siendo el momento culminante la cumbre presidencial llevada a cabo en la ciudad de Mar del Plata en el año 2005. Hasta el último momento de las negociaciones

¹³¹ Tiene como antecedente inmediato el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica firmado por los mismos países mas Estados Unidos el día 4 de febrero de 2016 necesitaba para su entrada en vigor que fuese ratificado por todos los Estados signatarios o al menos por 6 de los Estados originales firmantes cuyo PBI constituyese el 85% del conjunto de los que los suscribieron inicialmente. Este requisito no se pudo cumplir por el retiro de Estados Unidos en enero de 2017 ya que representaba aproximadamente el 60% del PBI del total de los Estados firmantes y por lo tanto el resto de los Estados decidieron firmar el tratado integral y progresista de Asociación Transpacífico (que tiene algunas modificaciones respecto de su antecesor).

¹³² A junio de 2018 aún no se encontraba en vigor.

¹³³ Artículo 1(1) del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica.

¹³⁴ Entró en vigor en el 2001.

¹³⁵ A junio de 2018 aun no se encontraba en vigor.

¹³⁶ Artículo 3 del tratado que establece el Área de Libre Comercio de África Continental.

¹³⁷ Las excepciones a la firma son Sudáfrica, Nigeria (dos de los Estados económicamente mas relevantes del continente), Benin, Botswana, Chad, Eritrea, Guinea Bisseau, Namibia, Sierra Leona y Zambia.

¹³⁸ Artículo 13 del tratado que establece el Área de Libre Comercio de África Continental

¹³⁹ Artículo 13(3) del tratado que establece el Área de Libre Comercio de África Continental

¹⁴⁰ Artículo 1 del capítulo II del tercer borrador del proyecto del tratado constitutivo.

¹⁴¹ Antigua y Barbuda, Argentina, Mancomunidad de las Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Mancomunidad de Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Republica Dominicana, Federación de San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela

¹⁴² Cumbre presidencial de Miami de 1994.

del tratado (tercer borrador), se había proyectado que la constitución de los órganos fuese de carácter intergubernamental, siendo el de mayor jerarquía el que estaría compuesto por los Ministros de Comercio (o sus representantes) de los Estados parte⁴³ y no se proyectaba que el Proceso de Integración tuviera subjetividad internacional. En las negociaciones se preveía la constitución de una Secretaría⁴⁴ a cargo de un Director pero no se había consensuado aún su sede.

La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América -Tratado de Comercio de los Pueblos (en adelante, “ALBA - TCP”) no se puede definir como un Proceso de Integración tradicional dado que su finalidad no encuadra en las etapas que la doctrina reconoce. Su esencia se basa en el intercambio de servicios y bienes que predominan en un Estado y escasean en otro. Asimismo, cabe señalar que el Tratado de Comercio de los Pueblos surge como una propuesta boliviana, contraria a los Tratados de Libre Comercio. En efecto, el ALBA nació como una alternativa al ALCA, siendo sus propulsores el presidente Hugo Chávez de Venezuela y Fidel Castro de Cuba, quienes firmaron el 14 de diciembre de 2004 en La Habana (Cuba) la Declaración Conjunta para la Creación del ALBA y el Acuerdo de Aplicación del ALBA. Posteriormente con el ingreso de Bolivia el 29 de abril de 2006 se suscribió el Tratado de Comercio de los Pueblos (TCP). Actualmente también integran el ALBA-TCP Antigua y Barbuda, Bolivia, Dominica, Ecuador, Granada, Nicaragua, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Surinam. Esta asociación de Estados no posee personería jurídica y la composición de sus órganos ejecutivos principales es netamente intergubernamental y contiene en su estructura un órgano denominado Coordinación Permanente a cargo de un Secretario que ejerce sus funciones en la ciudad de Caracas (Venezuela) por un periodo de dos años.

6. Conclusiones

Un Proceso de Integración de carácter económico es un concepto vago y ambiguo que, conforme lo analizado, es difícil de definir pues puede hacer referencia en un sentido amplio a las fases o etapas a través de las cuales este se va consolidando y “evolucionando” progresivamente o, en sentido estricto, identificar puntualmente a aquella asociación comercial de Estados que, con el devenir del tiempo, va desarrollando y profundizando sus instituciones, objetivos y vínculos económicos, políticos, culturales, etc.

En el presente trabajo ha quedado claro que las OI son sujetos del DIP. También surge de lo analizado que ellas pueden dar lugar a un Proceso de Integración en sentido amplio, como por ejemplo lo que sucede en el marco de la SICA/SIECA y de la ASEAN. Amen de lo señalado, no todo Proceso de Integración da origen a una OI (como por ejemplo la Alianza del Pacífico).

Sin embargo, puede suceder que un Proceso de Integración se institucionalice, como en el caso del MERCOSUR, y sufra sucesivas modificaciones a medida que el mismo va evolucionando, conforme a las etapas analizadas.

Por ello, hay que entender que el carácter “evolutivo” que prima en un Proceso de Integración es lo que lo diferencia principalmente de una OI que resulta más estática en

⁴³ Artículo 1 del capítulo XXI del tercer borrador del proyecto del tratado constitutivo.

⁴⁴ Artículo 9 del capítulo XXI del tercer borrador del proyecto del tratado constitutivo.

el desarrollo posterior a su conformación. Ello es así en virtud de que estas últimas se asientan generalmente en la consolidación de vínculos de cooperación entre los Estados que la integran mientras que un Proceso de Integración se fundamenta en el establecimiento de relaciones que, si bien nacen bajo el mismo sentido, lenta y paulatinamente van mutando para tender a entablar también entre sus Estados parte, relaciones de integración.

Ello ocurre porque, en principio, los Estados son reacios a ceder competencias de soberanía, aunque luego lo hagan paulatinamente a medida que les resulta funcional a sus intereses (como por ejemplo mejorar la calidad de vida de su población, mejorar las relaciones económicas, políticas y culturales; mayor protagonismo internacional, etc.).

Esa cesión de competencias permitirá que el Proceso de Integración adquiera mayores facultades que conllevarán a que en determinado momento de su evolución, adquirirá subjetividad internacional, lo cual generalmente no sucede en las etapas iniciales.

Como hemos visto en los casos estudiados, no todos los Procesos de Integración de carácter económico son constituidos con personalidad jurídica internacional y, en el caso de que así sea, esta posee diferentes características, de acuerdo a la etapa evolutiva en la que se encuentre.

Al respecto, es relevante señalar lo expresado por la profesora MANGAS MARTÍN, quien, al hacer referencia a la personalidad jurídica de la UE, sostiene que “se tiene o no se tiene en función de las competencias atribuidas por los Estados y realmente ejercidas en el orden jurídico internacional”⁴⁵ y agrega que “las normas atributivas de personalidad internacional son declarativas”.⁴⁶

A lo expuesto hay que agregar que, generalmente, entre la unión aduanera y el mercado común se consolida la institucionalización de un Proceso de Integración y adquiere características que difieren notoriamente de las que poseía en sus etapas iniciales, lo cual conlleva a que los órganos intergubernamentales, que se constituyeron en su orígenes, vayan dando lugar progresivamente a la aparición de instituciones comunitarias (Parlamento, Tribunal de Justicia, algún órgano decisorio de carácter comunitario, etc).

Por tal motivo, alguna de esas entidades, comenzarán a dictar normas obligatorias que no solo afectarán a los Estados parte, sino también a las personas físicas y jurídicas que desarrollen sus actividades en el Proceso de Integración.

Esto significa que, como ya se ha expresado, progresivamente los Estados le cederán competencias a las instituciones de ese Proceso de Integración, el cual además en esas instancias, se consolidará su personalidad jurídica internacional. En este sentido, se modificará también la forma a través de la cual se adopta y vota la normativa, pues ese procedimiento se tiene que ir haciendo más dinámico y sencillo. De igual forma se tendrá que modificar el modo en el cual ese derecho de la integración se incorporará en los ámbitos internos de los Estados parte.

Otro rasgo relevante está dado por el hecho de que el ciudadano, a medida que el Proceso de Integración se va consolidando, adquirirá un mayor protagonismo que le permitirá participar más directamente en las instituciones, como por ejemplo en lo que hace al acceso al Tribunal de Justicia comunitario o la votación de sus representantes ante el Parlamento regional.

⁴⁵ MANGAS MARTÍN Y NOGUERAS (2015:49).

⁴⁶ *Idem*.

Por los motivos expuestos, y en virtud de la imprecisión que conlleva el concepto “Proceso de Integración”, concluimos que éste no puede hacer referencia a un sujeto de DIP dado que la multiplicidad de etapas por las cuales transcurre su devenir, impide precisar el momento en que realmente esa personalidad jurídica necesaria, se efectiviza realmente y pueda constituirse como un ente que pueda adquirir derechos u obligaciones diferente de la de los Estados que lo integran.

Bibliografía

Bibliografía Crítica o Secundaria

- ARMAS PFIRTER, F., BARBERIS, J. A. y QUEROL, M., (1999) *Sujetos del Derecho de Gentes*, Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- BARBERIS, J. (1984) *Los sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid: Ed. Tecnos S.A.
- BASALDUA, R.X. (1998) *MERCOSUR y Derecho de la Integración* Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BALASSA, B. (1964) *Teoría de la Integración Económica*, (traducido al español por Jorge Lario Castilla), México: Ed. UTEHA (Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana).
- COHEN ORANTES, I. (1981) “El concepto de integración”, *Revista de la CEPAL* n° 15, pp. 149-159.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. (1997) *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Madrid: Editorial Tecnos.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. Y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2013) (coord.) *Instituciones del Derecho Internacional Público*, 18ª edición, Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.).
- GUTIÉRREZ POSSE, H. D. T. (2003) *Guía para el Conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Ed. La ley.
- KELSEN, H. (2013) *Principios de Derecho Internacional Público*, Granada: Ed. Comares S.L.
- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D. J. (2015) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.).
- MONCAYO, R.G. VINUESA, R. Y GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T. (1990) *Derecho Internacional Público* (Tomo 1), Buenos Aires: Zavalía Editor.
- NEGRO, S. (2018) (coord.) *Derecho de la Integración. Manual*, Montevideo/Buenos Aires: Editorial B. de F.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., ORIHUELA CALATAYUD, E., DIEZ-HOCHLEINER, J. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. (1997) *Derecho Internacional*, Madrid: Mc Graw Hill.
- TRAVIESO, J.A. (2012) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- WIGNCZEK, M. S. (1964) (comp.) *Integración de la América Latina. Experiencias y perspectivas*, México: Ed. Fondo de Cultura Económica.

La concepción formal de los sujetos de derecho internacional y su aplicación a las generaciones futuras

Sebastián A. Green Martínez

La noción de ‘Sujeto de Derecho’ ha sido, y sigue siendo, uno de los temas centrales del orden jurídico internacional que más diferencias presenta. Una numerosa cantidad de trabajos doctrinarios concluyen en concepciones muy distintas del sujeto de derecho internacional.² De todas ellas, es quizás la llamada “concepción formal” –la más aferrada a la doctrina positivista del derecho internacional– la que goza de mayor reconocimiento entre la doctrina³ y la jurisprudencia internacional.⁴ Su aplicación por parte de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) en el año 1949 significó el rechazo de la concepción que sostenía que solamente los Estados eran sujetos de derecho internacional.⁵

Por otro lado, desde mediados del siglo pasado se ha comenzado a gestar una postura llamada “inter-generacional” mediante la cual se considera que los derechos de las generaciones presentes carecen de preeminencia ante los de las generaciones venideras. El desarrollo del derecho internacional no ha sido ajeno a esta teoría y los Estados, mediante una importante cantidad de instrumentos internacionales, han reconocido sus obligaciones respecto de las generaciones futuras.

Es el objetivo de este trabajo analizar la evolución teórica de la que ha sido objeto la noción de “generaciones futuras” a la luz de la concepción formal del sujeto de derecho internacional. La concepción formal, tal como será expuesta en este trabajo, admite la existencia de sujetos de derecho internacional con las características de las futuras generaciones, aun considerándolas como un sujeto indeterminado e indeterminable. Para lograrlo, se repasarán desde una postura crítica los elementos constitutivos de la concepción formal a la luz de trabajos doctrinarios que han desarrollado el concepto, otorgándole una especial importancia a las teorías expuestas

¹ Una primera versión de este trabajo fue presentada en las “XVI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Jurídicas y Sociales”, organizadas por el Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata “Dr. Carlos S. Nino” el 6 de septiembre de 2012.

² PORTMANN (2010: 13).

³ Kelsen (1952: 99); Verdross (1976: 174); Casese (2001: 46); Rousseau (1966: 82); Barboza (2008: 159); Brownlie (2003: 57); Gutiérrez Posse (2003: 68); Armas Pfirter, Barberis y Querol (1999: 21); Shaw (2008: 195); Hillier (1998: 175); Damrosch, Henkin, Crawford Pugh *et al* (2001: 249); Parlett (2011: 3); Klabbbers (2005: 39); AUFRICHT (1943: 236); LAUTERPACHT (1968: 27); CANÇADO TRINDADE (2005: 221); MALHOTRA (1998: 39); CANÇADO TRINDADE (2010: 331).

⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 174, p. 179; y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Consecuencias jurídicas hacia Estados respecto de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia a pesar de la Resolución del Consejo de Seguridad 276 (1970)*, Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971, *ICJ Reports 1971*, p. 16.

⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, *op.cit.*, p. 179.

en los trabajos iniciales de KELSEN, considerado el autor de la concepción en cuestión.⁶ Todo ello permitirá establecer el marco teórico bajo el cual se analizarán a las generaciones futuras como sujeto de derecho internacional.

Cabe advertir al lector que lejos está del objetivo de este capítulo distinguir la concepción formal por sobre el resto de las posturas relativas a la subjetividad jurídica internacional, sino que solamente se busca cotejar al contenido original de la estructura de dicha concepción con los elementos que existen en la actualidad respecto de las generaciones futuras, intentando averiguar si, según esta tesis, podemos considerarlas como sujeto de derecho internacional.

1. La Subjetividad jurídica internacional y la concepción formal

Se ha afirmado que no existe en derecho internacional un concepto claramente establecido de la noción de sujeto de este ordenamiento, sino distintas posiciones que varían en su estructura y consecuencias.⁷ Dentro de esta variedad de concepciones, la llamada concepción formal es una de las de mayor resonancia y aceptación entre la doctrina.

Como su nombre lo indica, esta postura intenta construir una forma, una estructura del sujeto de derecho que permita indicar quiénes cumplen con sus elementos estructurales y, por ende, quiénes son sujetos de derecho y quiénes no. Cabe advertir, como ya lo hiciera AGO, que, al repetir las convicciones que se han aceptado en la doctrina desde hace mucho tiempo, corremos el riesgo de perder de vista los supuestos de los que dichas convicciones una vez derivaron y partieron.⁸ En este orden de ideas es que a continuación se expondrán los elementos de la concepción formal tomando en cuenta los trabajos de KELSEN como principal desarrollador y autor de la teoría.

1.1 Capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones

En contraposición con la teoría que reconocía exclusivamente a los Estados como sujetos de derecho internacional,⁹ la concepción formal se presenta de manera abierta y, lejos de inmiscuirse en la naturaleza de los sujetos jurídicos, formula una estructurada definida por la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. De acuerdo a la anterior postura, el sistema internacional se conforma exclusivamente por Estados previamente reconocidos por el resto de los miembros de dicha comunidad: el derecho internacional podía ser creado sólo por Estados¹⁰ y exclusivamente aplicado a ellos, por lo que solamente se aplicaría a otros entes (tales como individuos) a través de Estados.¹¹

⁶ PORTMANN (2010: 177).

⁷ PORTMANN (2010: 5).

⁸ AGO (1957: 701).

⁹ HERSHEY (1919: 92); PORTMANN (2010: 42); KELSEN (1953: 85).

¹⁰ HERSHEY (1919: 93); PORTMANN (2010: 44).

¹¹ Véase al respecto CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Grecia v. Reino Unido de Gran Bretaña), Decisión sobre Jurisdicción del 30 de agosto de 1924, *CPII Series A No. 2*, p. 12.

En lo relativo a la concepción formal, afirma VERDROSS¹² que son sujetos de derecho internacional aquellos cuyo comportamiento regula directamente el orden jurídico internacional, difiriendo todos ellos entre sí.¹³ Prosigue afirmando que se trata de los entes a los que aquel les confiere deberes y derechos, aunque aclara que “...puede limitarse a conferirle solo derechos o imponerle solo deberes.”¹⁴ Por lo tanto, bajo la concepción formal poco tiene que ver el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los sujetos a la hora de considerar a los Estados como sujetos de derecho. Concordantemente, KELSEN afirma que la personalidad jurídica del Estado significa únicamente que el derecho internacional público consuetudinario le impone deberes y le confiere derechos, concluyendo que el Estado es un sujeto de derecho internacional porque es titular de derechos y obligaciones internacionales.¹⁵

Tal estructura encierra una consecuencia necesaria: si son sujetos de derecho internacional todos los entes cuyos derechos y obligaciones son regulados directamente por el orden jurídico internacional, entonces la concepción formal es una concepción completamente abierta que admitiría la subjetividad de cualquier ente, en tanto cuente con derechos u obligaciones internacionales. Tal observación es de enorme relevancia en la actualidad, pues la gran mayoría de las dimensiones de la vida de los Estados, individuos y otros entes se encuentra regulada en cierta extensión por normas jurídicas internacionales. De cualquier manera, en palabras de KELSEN, “[a] examinar el ámbito de aplicación personal del derecho internacional cabe preguntarse a qué sujetos está dirigido (...) tenemos que demostrar que, en este sentido, la validez del derecho internacional no conoce límites.”¹⁶

1.1.2 Consecuencias de la subjetividad

En repetidas ocasiones se ha sostenido que la subjetividad internacional se encuentra sujeta a condiciones. Tales observaciones parecen indicar variaciones dependiendo del sujeto del que se trate. Sin dudas, los presupuestos teóricos del Estado son los que más han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. Afirma LAUTERPACHT que hasta el final del siglo XIX existía consenso respecto de que la condición de Estado acarrea los derechos de existencia, de conservación, de igualdad, de independencia, de soberanía territorial, de posesión y adquisición de territorio, de relación, de buen nombre y reputación. Al margen de admitir disensos en cuanto a cuáles son los derechos involucrados y su contenido, en virtud de dicho consenso observa que se ha sostenido que “estos derechos fundamentales son cosa natural y evidente por sí misma, puesto que la comunidad de naciones está compuesta de Estados soberanos.”¹⁷ Tal postura se reproduce en escritos posteriores tales como la obra de

¹²Verdross fue uno de los primeros alumnos de Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena y uno de los filósofos del derecho que más han estudiado su obra. Véase WALTER (2011: 333).

¹³VERDROSS (1980: 174).

¹⁴VERDROSS (1980: 175).

¹⁵KELSEN (1949: 250); KELSEN (1953: 67).

¹⁶Traducción libre del original en francés: “*Examinant le domaine de validité personnel du droit international, il convient de se demander pour quels sujets vaut cet ordre, à qui il s’adresse (...). Nous aurons à montrer qu’à cet égard la validité du droit international ne connaît pas de limites.*” KELSEN (1932: 141). Ver también KELSEN (1952: 84).

¹⁷LAUTERPACHT (1959: 276 y ss.).

HERSHEY, quien sostuvo la existencia de los mencionados derechos fundamentales del Estado. Si bien no los consideraba inherentemente absolutos ni inmutables, eran consecuencias necesarias en tanto se radicaban en las condiciones esenciales del Estado.¹⁸

Adicionalmente, ya entrado el siglo pasado la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, “CDI”) formuló el borrador de la Declaración de los Derechos y Deberes de los Estados en la cual hizo referencia a la existencia de derechos y deberes “básicos” de los Estados.¹⁹ Advertía KELSEN al respecto que dicha denominación era otra forma de hablar de derechos fundamentales (y, por lo tanto, consecuencias necesarias de los Estados) con el objetivo de concederle un mayor grado de obligatoriedad, lo cual no se concedía con el derecho positivo en auge.²⁰ Cabe también mencionar el trabajo de RUDA, en el que el ex-presidente de la CIJ afirma la existencia de los derechos fundamentales de los Estados como consecuencia de su calidad de tales y sostiene que su número y extensión evolucionan con el tiempo, así como toma nota de las observaciones provenientes del positivismo.²¹

En correlato con el apartado anterior, y tomando en cuenta cómo el positivismo kelseniano (o la concepción formal) concibe al sujeto de derecho internacional, no podría darse la existencia de presupuestos para la subjetividad jurídica. En otras palabras, el sujeto de derecho no podría contar con derechos o deberes debido a su naturaleza de tal, como bien podría ser el caso de los derechos de los Estados arriba expuestos. Precisamente respecto de la subjetividad jurídica del Estado, KELSEN afirma que radica exclusivamente en que los Estados poseen derechos y obligaciones nacidos del derecho internacional,²² lo cual nada indica respecto de su contenido, descartando la consideración relativa a los derechos y obligaciones fundamentales de los Estados.²³

En consecuencia cabe preguntarse si, de acuerdo a la concepción formal, los Estados cuentan, por su propia naturaleza, con los mencionados derechos. La respuesta podría depender del momento del derecho internacional que se trate y, de acuerdo a la concepción kelseniana, tales derechos y obligaciones corresponderán a los Estados en la medida y extensión en que el derecho internacional consuetudinario así lo establezca.²⁴

1.1.3 Capacidad de reclamar ante sede judicial

Una parte de la doctrina ha abordado el tema de la subjetividad con cautela, intentando separar la noción en sí de la capacidad de los sujetos, admitiendo la existencia de sujetos de derecho internacional con capacidad restringida.²⁵ Sin embargo, otra parte ha aceptado la concepción formal, incluyendo dentro de los requisitos de la subjetividad jurídica a la capacidad de reclamar el cumplimiento de sus derechos

¹⁸ HERSHEY (1919: 143).

¹⁹ Borrador de Declaración de Derechos y Obligaciones de los Estados, Resolución de la Asamblea General 375 (IV), 6 de diciembre de 1949, pp. 62 y ss.

²⁰ KELSEN (1950: 266).

²¹ RUDA (1979: 119).

²² KELSEN (1932: 145).

²³ KELSEN (1949: 250).

²⁴ KELSEN (1952: 131).

²⁵ CASSESE (2001: 47); CANÇADO TRINDADE (2010: 287).

internacionales ante sede judicial internacional.²⁶ Esta última noción fue recogida por la CIJ en la opinión consultiva relativa a *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, donde la Corte sostuvo que la Organización de las Naciones Unidas era una “persona internacional”, aclarando que ello significaba que era un sujeto de derecho internacional, que poseía derechos y obligaciones internacionales y que gozaba de la capacidad de reclamar el cumplimiento de sus derechos ante foros internacionales.²⁷ Sin embargo, el estudio de los autores de la postura formal no respalda tal imagen hasta el dictado de la opinión consultiva.

Para tratar la obra de KELSEN al respecto, quizás convenga observar su postura sobre el individuo:²⁸ reconoce la capacidad de los individuos, como titulares de derechos emanados del derecho internacional, para reclamar y para ser juzgados. Sin embargo, no plantea dicha capacidad como una condición de la subjetividad jurídica, sino como una mera consecuencia del contenido de los derechos y obligaciones de derecho internacional que fueran otorgados al individuo en un momento determinado. En cuanto a obligaciones, por ejemplo, reconoce la posibilidad de todos los Estados de juzgar los actos de piratería o espionaje, así como la posibilidad de los individuos de exigir ante distintos tribunales el cumplimiento de los derechos que les fueran otorgados.²⁹ Sin embargo, parece considerar la personalidad jurídica como un presupuesto para la obtención de derechos subjetivos y, en consecuencia, de reclamar ante sede judicial, por lo que tal elemento parece quedar fuera de su estructura de la subjetividad jurídica.

VERDROSS, quien formara parte del desarrollo originario de la teoría pura del derecho,³⁰ se ha pronunciado de manera más precisa: por un lado, reconoció la existencia de sujetos de derecho internacional con capacidad de obrar plena, adquirida por el derecho consuetudinario (como los Estados) y, por otro lado, aceptó la existencia de sujetos de derecho internacional que carecen de capacidad de hecho, reconociéndolos como sujetos de capacidad limitada.³¹

En consecuencia, surge que la capacidad de acción ante sede judicial no parece haber sido considerada por quienes dieran origen a la concepción positivista como un elemento necesario de la subjetividad jurídica internacional. A modo ilustrativo, cabe recordar las palabras de LAUTERPACHT quien, en un mismo sentido, afirmó que “el hecho de que el beneficiario de derechos no se encuentre autorizado a tomar pasos independientes a título propio a fin de reclamar su cumplimiento no significa que no sea un sujeto de derecho, o que los derechos en cuestión recaigan exclusivamente en la persona que tenga capacidad jurídica para reclamar por ellos.”³²

²⁶ SHAW (2008: 195); BROWNLIE (2003: 57).

²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, op. cit, p. 179.

²⁸ Véase al respecto KELSEN (1952: 120) y KELSEN (1953: 96).

²⁹ KELSEN (1952: 121).

³⁰ PORTMANN (2010: 178).

³¹ VERDROSS (1980: 176).

³² Traducción libre del original en inglés: “The fact that the beneficiary of rights is not authorized to take independent steps in his own name to enforce them does not signify that he is not a subject of the law or that the rights in question are vested exclusively in the agency which possesses the capacity to enforce them”. LAUTERPACHT (1968: 27).

1.2 Conclusiones preliminares

De todo lo desarrollado hasta aquí se infiere que, de acuerdo a sus autores, la concepción formal o positivista del sujeto de derecho internacional se presenta como un concepto completamente abierto, capaz de incluir a todos los entes que hayan adquirido derechos y/o contraído obligaciones de carácter internacional. Tal concepto no encierra ningún presupuesto o consecuencia natural (o derechos y deberes fundamentales), sino aquellos que estén establecidas en la normativa que otorga tales derechos y obligaciones. Adicionalmente, cabe afirmar que la capacidad de reclamar ante sede judicial no parece reflejar el ideario de los creadores de dicha postura relativa a la subjetividad jurídica. Establecido ello, a continuación se procederá a analizar la existencia de derechos a favor de las futuras generaciones.

2. Los derechos de las generaciones futuras y la Teoría de la Justicia Inter-Generacional

Se ha afirmado que las generaciones futuras, por definición, no existen y que, en consecuencia, no pueden gozar de derecho u obligación alguna, ni mucho menos ser consideradas sujetos jurídicos.³³ Sin embargo, tal consideración no resultaría de relevancia para el análisis teórico que se plantea en el presente capítulo: el cotejo de los elementos teóricos estructurales que han sido otorgados a las futuras generaciones por el derecho internacional a la luz de la postura positivista o formal.

Asimismo, se han presentado posiciones que intentan observar la existencia de obligaciones a favor de futuras generaciones confundiendo con aquellas adeudadas a generaciones presentes.³⁴ Para evitar este tipo de malentendidos cabe aclarar que, a los efectos del presente trabajo, las generaciones futuras serán entendidas como el conjunto de individuos que no ha nacido aún y que, en consecuencia, resulta indeterminado e indeterminable.³⁵

Quizás hasta 1971 las consideraciones teóricas relativas a las futuras generaciones fueron desarrolladas por economistas que analizaban el abastecimiento de las generaciones venideras,³⁶ cuando RAWLS planteó la teoría de la justicia inter-generacional. Esta teoría toma en cuenta que, en tiempos anteriores, el efecto de una generación en una sociedad determinada tenía un grado de influencia limitado respecto de las generaciones que la sucedían, al punto de reducirse dramáticamente respecto de generaciones lejanas. Esto ha dejado de ser así en tanto, debido al desarrollo de distintas tecnologías y posibilidades, el bienestar de las generaciones futuras se ha vuelto fuertemente dependiente de la generación actual. A la luz de ello, considera que cada generación cuenta con sus propias metas y objetivos, por lo que, más allá de resultar indeterminadas e imposibles de identificar, cada generación tiene intereses específicos. Es en virtud de los objetivos e intereses de las generaciones futuras que RAWLS plantea la cooperación extendida a lo largo del tiempo, sin que las futuras generaciones estén subordinadas a las presentes.³⁷

³³DE GEORGE (1979: 95).

³⁴PLETCHER (1980: 168) .

³⁵Por su parte GARDINER (2009: 100) considera que las Generaciones Futuras no abarcan a la generación inmediatamente posterior a la actual.

³⁶HEYD (2009: 169).

³⁷RAWLS (1994: 257).

Desde luego, esta teoría reconoce sus limitaciones en tanto no existe reciprocidad pues se trata de una relación unidireccional entre las generaciones presentes y futuras. En este punto es que RAWLS cautelosamente desecha la posibilidad de considerar la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras, sino que asume el interés natural de los seres humanos por el cuidado de quienes los sucederán, como sus hijos y nietos.³⁸ Parecería que esta teoría ha sido receptada por teóricos del derecho internacional que han postulado el reconocimiento mediante derecho positivo de los derechos de las generaciones futuras, como por ejemplo, CANÇADO TRINDADE, quién postula la existencia de la “Humanidad” (concepto que englobaría a generaciones presentes y futuras), como sujeto de derecho internacional a fin de no descuidar los derechos de las generaciones venideras.³⁹

3. Los derechos de las generaciones futuras y la concepción formal de sujetos

A juzgar por la existencia de una numerosa cantidad de instrumentos internacionales, es posible observar que el desarrollo del derecho internacional no ha sido ajeno a la teoría de la justicia inter-generacional, en tanto se advierte una notable preocupación por parte de la comunidad internacional contemporánea respecto de los intereses de las generaciones futuras. Cuenta de ello dan, por ejemplo, la Convención de 1972 sobre Patrimonio de la Humanidad, o la Declaración de la UNESCO sobre las Responsabilidades de las Generaciones Aactuales para con las Generaciones Futuras. En ese contexto, en el presente apartado me dedicaré a analizar si el derecho positivo internacional actual ha reconocido derechos a favor de las futuras generaciones.

3.1 ¿Derechos adquiridos por las generaciones futuras?

Se ha afirmado que los derechos tradicionalmente se han otorgado a individuos identificables y que, en consecuencia, las futuras generaciones no podrían ser consideradas titulares de derechos.⁴⁰ Sin embargo, tal situación no resultaría de relevancia para un análisis estructural, como el planteado por la concepción formal de la subjetividad jurídica. Como ya se ha afirmado, sus autores consideran la subjetividad jurídica como ilimitada y basada en la concesión (o no) de derechos y/u obligaciones. Sin embargo, KELSEN sí ha tomado en cuenta a las circunstancias de hecho relativas al ente al que se le otorguen tales prerrogativas al afirmar que tales derechos y obligaciones habrán de regular exclusivamente la conducta humana. Adicionalmente, ha sostenido que la existencia de una obligación respecto de un ente específico deviene necesariamente en un derecho a favor del último⁴¹

Al decir de MALHOTRA: “[s]i bien las futuras generaciones no son consideradas determinables como individuos hasta que comiencen a existir, sus intereses básicos sí pueden ser identificados”.⁴² Un ejemplo de ello puede ser, por ejemplo, la Declaración de

³⁸ RAWLS (2001:160). Véase también HEYD (2009: 174).

³⁹ CANÇADO TRINDADE (2010: 286/7).

⁴⁰ MALHOTRA, A. (1998: 41).

⁴¹ KELSEN (1950: 264).

⁴² MALHOTRA, A. (1998: 41). En un mismo sentido, véase también D’AMATO (1990: 190).

Rio Sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en la cual se establece que el derecho al desarrollo debe cumplirse de manera tal que, equitativamente, satisfaga las necesidades ambientales de las generaciones presentes y futuras, así como condiciones para su desarrollo.⁴³ En un mismo sentido, aunque más ampliamente, se observa la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras adoptada en el seno de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997, en París. En ella se declara la responsabilidad de heredarle a las generaciones futuras un planeta que no sufra de daños irreversibles,⁴⁴ de proteger el medio ambiente⁴⁵ y de dejarle un patrimonio de la humanidad que no sufra de daños irreparables,⁴⁶ entre otros.

Desde luego, los instrumentos mencionados son herramientas de *soft law* y, en el caso de la Declaración de la UNESCO, pierde aún más su autoridad jurídica si es interpretada en conjunto con algunos lineamientos de su preámbulo, como aquel en el que se habla de una “obligación moral”. En consecuencia no puede inferirse la existencia de un derecho a favor de las generaciones futuras en tanto no hay sujeto alguno que se encuentre obligado bajo sus términos.

Sin embargo, los intereses de las generaciones futuras han sido considerados por miembros de la CIJ, no como meros elementos que merezcan una consideración moral, sino como verdaderos derechos reconocidos en derecho internacional:

“[e]sta Corte, como el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, facultadas para reconocer y aplicar normas de derecho internacional con mayor autoridad que cualquier otro tribunal debe, en su jurisprudencia, reconocer a los derechos de las futuras generaciones [...] En este contexto debe mencionarse que los derechos de las generaciones futuras han pasado por la etapa embrionaria en la que eran un derecho luchando por su reconocimiento. Esos derechos han sido tejidos en Derecho Internacional a través de Tratados, Doctrina y a través de Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”⁴⁷

WEERAMANTRY hace referencia a la existencia de derechos de las futuras generaciones en algunos de los principales tratados, evitando mayores especificaciones, quedando implícito que se trataría de instrumentos de carácter vinculante para los Estados. A continuación se analizarán algunos tratados relativos a las generaciones futuras.

⁴³ Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente, adoptada el 14 de junio de 1992 en Río de Janeiro en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo.

⁴⁴ Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, artículo 4.

⁴⁵ *Ídem* artículo 5.

⁴⁶ *Ídem*, artículo 8.

⁴⁷ Traducción libre del original en inglés: “*This Court, as the principal judicial organ of the United Nations, empowered to state and apply international law with an authority matched by no other tribunal must, in its jurisprudence, pay due recognition to the rights of future generations. [...] It is to be noted in this context that the rights of future generations have passed the stage when they were merely an embryonic right struggling for recognition. They have woven themselves into international law through major treaties, through juristic opinion and through general principles of law recognized by civilized nations.*” CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares. Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226, Disidencia del Juez Weeramantry.

3.1.1 Carta de las Naciones Unidas

Los Estados que negociaron y adoptaron el texto de la Carta de las Naciones Unidas decidieron expresar que se encontraban “[r]esueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles.”⁴⁸ Si bien se trata de una disposición contenida en el preámbulo y que no otorga de manera expresa derechos a las generaciones futuras y que, como parte del contexto del tratado, ha de servir como guía interpretativa del contenido operativo de la Carta,⁴⁹ la referencia expresa a las generaciones futuras bien puede considerarse como la más temprana expresión de las generaciones actuales respecto a su propia responsabilidad de no privar a las generaciones venideras de vivir y desarrollarse en las mismas condiciones existentes en la actualidad.⁵⁰

3.1.2 Declaración Universal de Derechos Humanos⁵¹

La Declaración considera en su preámbulo que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.” BROWN WEISS realiza una lectura inter-temporal (quizás un poco forzada) al sostener que al hablar de la “familia humana”, la Declaración posee una dimensión temporal, teniendo por objetivo reconocer los derechos de las generaciones presentes y futuras.⁵²

3.1.3 Convención sobre la Diversidad Biológica⁵³

La Convención sobre la Diversidad Biológica establece en su preámbulo que su articulado tiene dos beneficiarios: las generaciones actuales y las futuras. Uno de los objetivos de la Convención es la conservación de la diversidad biológica y su utilización sostenible. Para lograrlo, los Estados se obligan en sus artículos 6 y 7, dentro de sus posibilidades, a adoptar estrategias y a integrar la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Puede interpretarse que este tratado viene a reconocer, de manera expresa, derechos a las generaciones futuras o, en su defecto, a identificar sus intereses.

⁴⁸ Carta de las Naciones Unidas - Preámbulo. Podría considerarse la existencia de un vínculo entre los conceptos relativos a las generaciones futuras y la humanidad como sujetos de derecho internacional. Véase CANÇADO TRINDADE (2010: 286-267).

⁴⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 UNTS 331, artículo 31(1).

⁵⁰ WOLFRUM (2002: 34); BROWN WEISS (1990: 201).

⁵¹ Adoptada por Resolución No. 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Si bien la Declaración Universal no es un tratado internacional, se incluye en la presente sección debido a que numerosos derechos allí declarados son considerados hoy derecho internacional consuetudinario.

⁵² BROWN WEISS (1990: 202).

⁵³ Convención sobre la Diversidad Biológica, 1760 UNTS 79.

3.1.4 Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural de la Humanidad⁵⁴

Quizás la obligación positiva más clara existente en derecho internacional actual se encuentra en el artículo 4 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, en el que se establece el deber de los Estados parte de hacer todo lo posible para proteger el patrimonio natural y cultural de la humanidad para lograr su transmisión a generaciones futuras.⁵⁵

Se observa en la redacción del citado artículo una suerte de intención de morigerar su obligatoriedad respecto de los Estados parte a través de frases como “procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo”,⁵⁶ reconociéndose casos en los que los Estados “procuran actuar con ese objeto” pero, al mismo tiempo, se privilegia la existencia de otros intereses por sobre la conservación del patrimonio de la humanidad.⁵⁷ No obstante ello resulta indiscutible que, en el supuesto de que se pruebe que está dentro de las posibilidades de un Estado parte actuar de acuerdo a las obligaciones contraídas en virtud de las mencionadas convenciones, dicho Estado estará obligado a actuar en beneficio de las Generaciones Futuras,⁵⁸ quienes gozarán del derecho a recibir de generaciones anteriores el patrimonio natural y cultural de la humanidad.

A la luz del texto de la Convención, BROWN WEISS sostiene la existencia de una obligación positiva por parte de la comunidad internacional actual respecto a las generaciones futuras.⁵⁹ Concordantemente, y dando aún mayor entidad a la consideración de tal obligación como derecho positivo, la Corte Suprema de Australia, (*Australia High Court*), uno de los pocos tribunales en todo el mundo que ha aplicado la Convención, ha reconocido en el fallo *Queensland v. Commonwealth* que existe dicha obligación:

“Además de las funciones de identificación de las propiedades que forman parte del patrimonio cultural y el patrimonio natural y de la presentación de los inventarios de dichas propiedades para su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial, cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para su protección, conservación, presentación y transmisión a las generaciones futuras: Arts. 4 y 5”.⁶⁰

Lejos de ser reducida a un mero principio o deseo moral por su redacción, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural es la que establece con mayor claridad la obligación de preservar el patrimonio cultural de la humanidad debida tanto a las generaciones presentes como a las generaciones futuras.

⁵⁴ Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, 1037 UNTS 151.

⁵⁵ Al respecto, véanse las definiciones contenidas en los dos primeros artículos de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.

⁵⁶ En el inglés original, el texto dice “[i]t will do all it can to this end”.

⁵⁷ KOMURCU (2002: 235/235).

⁵⁸ FORREST, C. (2012: 243). Para una postura contraria, véase BRENNER (2006: 263).

⁵⁹ BROWN WEISS (1993: 340).

⁶⁰ “In addition to the duties of identifying properties forming part of the cultural heritage and natural heritage and of submitting inventories of such properties for inclusion in the World Heritage List, each State Party is under a duty to take measures for the protection, conservation, presentation and transmission to future generations of the cultural heritage and natural heritage: Arts 4 and 5.” *Queensland v Commonwealth*, sentencia del 30 de junio de 1989, [1989] HCA 36; 167 CLR 232, párrafo 2.

3.2 ¿Representación de las generaciones futuras?

La teoría inter-generacional considera que no existe la posibilidad de que personas de la actualidad representen a personas que engloben conceptualmente a todas las generaciones por venir, de las cuales no saben ni sabrán nada.⁶¹ Sin embargo, y haciendo una referencia tangencial a la postura de quienes consideran que los sujetos de derecho internacional han de tener capacidad para reclamar el cumplimiento de los derechos propios ante sede judicial, cabe mencionar al proyecto presentado por Malta ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo para la creación de un *ombudsman* o defensor de los intereses de las generaciones futuras. El defensor propuesto habría contado con facultades suficientes para exigir el cumplimiento de sus derechos en sede judicial y, en consecuencia, de ejercer su representación.⁶²

Si bien la propuesta fue finalmente rechazada, cabe reflexionar al respecto en tanto el marco teórico al que nos enfrentamos hubiera sido muy distinto si se hubiera dado el caso contrario. Las generaciones futuras habrían tenido un representante y, por ende, habrían gozado de la capacidad de reclamar ante sede judicial a través de él. Como afirmara oportunamente NAGY, la naturaleza indeterminada de las generaciones futuras habría afectado la validez jurídica de los derechos y obligaciones emergentes de sentencias jurisdiccionales.⁶³

4. Reflexiones Finales

Desde una perspectiva que rechace la posibilidad de que las generaciones futuras sean representadas y, en consecuencia, tengan capacidad de reclamo en sede judicial, aún cabe considerar la existencia de sus derechos en derecho internacional. La CIJ ha afirmado que “[l]os sujetos de derecho de cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza ni en la extensión de sus derechos, lo cual depende de las necesidades de la comunidad”.⁶⁴ En ese sentido, cabe observar que no resulta ajeno al ordenamiento internacional el hecho de que los sujetos de un sistema jurídico no posean necesariamente similares derechos ni capacidades. Incluso excediendo lo establecido por la postura positivista original planteada, no parece descabellado advertir la posibilidad de la capacidad para reclamar el cumplimiento de sus derechos en sede judicial a la luz del fallido proyecto presentado por la delegación de Malta ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Las generaciones futuras no existen aún y sólo cobrarán existencia física al momento de convertirse en generaciones presentes, por lo que se observa un gran

⁶¹ HEYD (2009: 174).

⁶² UN Doc. A/CONF.151/PC/WG.III/L.8/Rev.1/Add.2. Disponible online en <http://193.166.3.2/pub/doc/world/UnitedNations/EnvironConf/PreConfDocs/wg3l8addo2> (último acceso: 29/06/2018).

⁶³ NAGY (1998: 41).

⁶⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Reparación por Daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, op. cit.

escepticismo para considerarlas sujetos de derecho internacional. No obstante ello, la concepción positivista originaria que cuenta con un amplio reconocimiento doctrinario no exige la existencia física, actual y determinada de los sujetos del ordenamiento jurídico ni una capacidad similar. Por el contrario, establece una estructura elemental que gira en torno a los derechos y obligaciones del ente. Siendo el elemento fundamental establecido en la presente satisfecho *de jure* por las generaciones futuras en virtud de los distintos instrumentos mencionados de derecho internacional, no parecería haber objeción a su subjetividad jurídica en los términos de la ya mencionada concepción positivista.

Bibliografía

Instrumentos Internacionales

- BORRADOR DE DECLARACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS, Resolución de la Asamblea General 375 (IV), 6 de diciembre de 1949.
- DECLARACIÓN SOBRE DESARROLLO Y MEDIO AMBIENTE, 14 de junio de 1992, Informe de la Conferencia de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Medio Ambiente, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I).
- DECLARACIÓN SOBRE LAS RESPONSABILIDADES DE LAS GENERACIONES ACTUALES PARA CON LAS GENERACIONES FUTURAS, 12 de noviembre de 1997, UNESCO.
- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, 26 de junio de 1945.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1155 UNTS 331.
- CONVENCIÓN SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, 1760 UNTS 79.
- CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL, 1037 UNTS 151.

Jurisprudencia

- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Concesiones Palestinas Mavrommatis* (Grecia v. Reino Unido de Gran Bretaña), Decisión sobre Jurisdicción del 30 de agosto de 1924, *CPJI Series A No. 2, p. 12*.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949, p. 174*.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Consecuencias jurídicas hacia Estados respecto de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia a pesar de la Resolución del Consejo de Seguridad 276 (1970)*, Opinión Consultiva del 21 de junio de 1971, *ICJ Reports 1971, p. 16*.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 (Disidencia del Juez Weeramantry), *I.C.J. Reports 1996, p. 226*.

Bibliografía Crítica o Secundaria

- BRENNER, C. (2006) "Cultural Property Law: Reflecting On The Bamiyan Buddhas' Destruction", *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 29, N° 2, pp. 237-269.

- BROWN WEISS, E. (1990) "Agora: What Obligation Does Our Generation Owe to the Next? An Approach to Global Environmental Responsibility Our Rights And Obligations To Future Generations For The Environment", *American Journal of International Law*, Vol. 84, N° 1, pp. 198- 207.
- BROWN WEISS, E. (1993) "Intergenerational equity: a legal framework for global environmental change" en BROWN WEISS, E. (ed.) *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, New York: United Nations University Press.
- CANÇADO TRINDADE, A. (2010) *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- D'AMATO, A. (1990) "Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve Global Environment?", *American Journal of International Law* Vol. 84, N° 1, pp. 190- 198.
- DE GEORGE, R. (1979) "The environment, rights and future generations" en GOODPASTER y SAYRE (eds.) *Ethics and Problems of the 21st Century*, Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- FORREST, C. (2012) *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, New York: Routledge.
- GARDINER, S. (2009), "A Contract on Future Generations?", en GOSSERIES, A. y MEYER, L. (eds.) *Intergenerational Justice*, Oxford: University Press.
- HERSHEY, A. (1919), *The Essentials of International Public Law*, New York: MacMillan Company.
- HEYD, D. (2009) "A Value or an Obligation? Rawls on Justice to Future Generations" en A. Gosseries y L. Meyer (eds.) *Intergenerational Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, H. (1932) "Théorie Générale du Droit International Public", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 42 (1932-IV), pp. 117-352.
- KELSEN, H. (1949) *General Theory of Law and State*, Oxford: University Press.
- KELSEN, H. (1950) "The Draft Declaration on Rights and Duties of States Critical Remarks", *American Journal of International Law*, Vol. 44, N° 2, pp. 259- 276.
- KELSEN, H. (1952) *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: El Ateneo.
- KOMURCU, M. (2002) "Cultural Heritage Endangered by Large Dams and its Protection Under International Law", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 20, N° 2, pp. 233- 296.
- LAUTERPACHT, H. (1968) *International Law and Human Rights*, Cambridge: University Press.
- MALHOTRA, A. (1998) "A Commentary on the Status of Future Generations as a Subject of International Law", en AGIUS, E. y BUSUTTIL, S. (eds), *Future Generations and International Law*, Abingdon/New York: Routledge.
- NAGY, B. (1998) "Speaking Without a Voice" en AGIUS, E. y BUSUTTIL, S. (eds), *Future Generations and International Law*, Abingdon/New York: Routledge.
- PLETCHER, G. K. (1980) "The rights of future generations" en PARTRIDGE, E. (ed.) *Responsibilities to Future Generations*, Buffalo: Prometheus Books.
- RAWLS, J. (1994) *A Theory of Justice - Revised Edition*, Cambridge: Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2001) *Justice as Fairness - A Restatement*, Cambridge: Harvard University Press.
- WALTER, R. (2011), "Hans Kelsen vida y obra: una introducción", *Anales de la Universidad Nacional de la Plata*, Vol. 41, pp. 332-338.
- WOLFRUM, R. (2002) "Preamble" en SIMMA, B. (ed) *The Charter of the United Nations - A Commentary V. I.*, Oxford: University Press, 2da ed.
- VERDROSS, A. (1980) *Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar.

De grupos beligerantes y grupos armados: una revisión de la subjetividad internacional a la luz del derecho internacional humanitario actual

Marcos David Kotlik

The traditional international law was keyed to the actualities of the past centuries in which international relations were inter-state relations. The actualities have changed; the law is changing.²

A lo largo de la historia, innumerables conflictos armados han involucrado a grupos armados no estatales.³ Normalmente se afirma que hasta mediados del siglo XX el derecho internacional humanitario (en adelante, “DIH”) sólo se ocupaba de regular la guerra en su acepción clásica, esto es, la que se produce entre las fuerzas armadas de dos o más Estados.⁴ Sin embargo, desde mediados del siglo XVIII⁵ y fundamentalmente durante el siglo XIX, quienes estudiaban este tema comenzaron a plantear que determinadas normas internacionales debían también aplicarse en situaciones especiales que no involucraban a dos o más Estados enfrentándose entre sí, sino a un solo Estado luchando contra un grupo armado no estatal que poseía determinadas características.

Esto tenía sentido en tanto el objetivo del DIH es la mitigación de los efectos de los conflictos armados mediante la protección de personas y bienes, así como a través de la regulación de los medios y métodos de combate. No obstante, tradicionalmente se consideraba que las luchas al interior de un Estado eran un asunto de su competencia exclusiva.⁶ Esto fue matizado por la doctrina o teoría del reconocimiento de

¹ Este capítulo condensa gran parte del producto final de la investigación desarrollada como becario Estímulo del Proyecto UBACyT en el marco del cual se concretó esta publicación. Una parte de la investigación se llevó a cabo como integrante del proyecto DECyT DCT1007 “Orígenes y proyecciones de la noción de ‘guerra justa’ en el derecho internacional: una aproximación histórico-jurídica al *ius ad bellum*” (Programación 2010-2012), dirigido por el Dr. Emiliano J. Buis. De tal modo, algunos aspectos de los temas abordados fueron previamente analizados en el capítulo “Reconocimiento de beligerancia y uso de la fuerza. La construcción de legitimidad en la Selva Lacandona”, en BUIS, Emiliano J. (dir.) *¿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. Asimismo, diferentes ideas preliminares fueron presentadas y discutidas en la conferencia de expertos “Derecho Internacional Humanitario: Temas emergentes en el Derecho de los Conflictos Armados”, organizada por American University Washington College of Law el 28 de marzo de 2012, así como en el II, III y IV “Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal” organizados por el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires en 2010, 2011 y 2012, respectivamente.

² JESSUP (1947).

³ Al respecto, ver SASSÒLI (2011: 46-47) y RONDEAU (2011: 653).

⁴ Ver, entre otros, KALSHOVEN & ZEGVELD (2001: 16) y AKANDE (2012: 32-33). Son ejemplos de esto la Convención de Ginebra de 1864, la Declaración de San Petersburgo de 1868 y las Convenciones de La Haya de 1900 y 1907.

⁵ VATTEL (1758) es identificado como el primer autor que planteó la necesidad de los Estados de respetar las leyes de la guerra contra los grupos rebeldes que se levantarán en armas. Ver SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1320).

⁶ MOIR (2002: 3).

beligerancia, que postulaba que, cumplidos una serie de requisitos objetivos, los grupos no estatales en lucha podían ser considerados como “grupos beligerantes” o “comunidades beligerantes”, recayendo sobre ellos derechos y obligaciones internacionales. Por esto, se sostenía también que la pertenencia a dicha categoría implicaba la adquisición de subjetividad internacional.⁷

Aún hoy, varios manuales tradicionales de derecho internacional público incluyen en su “listado de sujetos internacionales” a los grupos beligerantes.⁸ La precisión y vigencia de esta afirmación por lo general no ha sido interpelada.⁹ Sin embargo, si observamos el cuerpo normativo desarrollado en materia de DIH (y otras áreas vinculadas del derecho internacional) a partir de la mitad del siglo XX, la categoría “grupo beligerante” ha sido desplazada. La comunidad beligerante, al menos como construcción jurídica, ha desaparecido.¹⁰ Ni los Convenios de Ginebra de 1949, ni sus Protocolos Adicionales de 1977, ni otros tratados internacionales que existen en la materia la mencionan.¹¹ A su vez, tampoco parecen subsistir normas consuetudinarias al respecto.¹²

A partir de mediados del siglo XX, las normas de DIH aplicables a conflictos armados de carácter no internacional (en adelante, “CANI”) han modificado la denominación recibida por los grupos no estatales que intervienen en aquellos, utilizando términos como “partes en conflicto”¹³ o “grupos armados organizados”,¹⁴ que genéricamente podemos reunir bajo la categoría “grupos armados”. Además de conferirles derechos y obligaciones internacionales, las reglas de DIH también han dado forma a las condiciones objetivas necesarias para que un grupo armado sea efectivamente considerado como tal, desechando la teoría del reconocimiento.

En este sentido, mientras los derechos y obligaciones que se aplicaban a los grupos beligerantes eran concebidos a partir del otorgamiento de subjetividad

⁷ OLIVART (1895: 86); SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1321); ARMAS PFIRTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 95-100); MOIR (2002: 13).

⁸ BARBOZA (2003: 160-162); ARMAS PFIRTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 95-100); BROWNLIE (2003: 63).

⁹ SHAW (2008: 245) dedica unas líneas a “insurgentes y beligerantes” mencionando que el derecho internacional al respecto está cambiando, aunque sin explicar esta afirmación con mayor detalle.

¹⁰ Ver CLAPHAM (2006: 271- 272). A pesar de que el análisis (o siquiera la mención) de esta categoría se encuentra generalmente ausente en la doctrina especializada en DIH, algunos autores siguen considerando que no está saldado el debate acerca de la desaparición del grupo beligerante como construcción consuetudinaria, e incluso sostienen su vigencia. Ver VON HEINEGG (2012: 214, 228); AKANDE (2012: 49-50); DINSTEIN (2012: 408- 410). Brevemente, podemos señalar que los análisis de VON HEINEGG y de AKANDE se basan exclusivamente en un argumento sobre la imposibilidad de determinar la desaparición de las normas consuetudinarias que se corresponden con esta teoría sólo porque no se han utilizado (en el caso de AKANDE argumenta que sí se han utilizado en las últimas décadas, aunque poco). DINSTEIN, por su parte, no parece dar fundamento a la afirmación de la vigencia actual de la teoría, citando exclusivamente fuentes que formulan análisis históricos. Ninguno de ellos parece tomar en consideración que el DIH no ha tenido en cuenta la categoría “grupo beligerante” en su desarrollo normativo.

¹¹ La categoría sí es mencionada por PICTET *ET AL.* (1960: 28- 36) en el Comentario a los Convenios de Ginebra, al explicar los debates en la Conferencia Diplomática, pero de ningún modo se trata a la situación prevista en el artículo 3 común como equivalente a la de los grupos beligerantes.

¹² Nos basamos en las normas consuetudinarias que han sido identificadas en el marco del estudio de DIH consuetudinario encargado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Ver HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (2005).

¹³ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

¹⁴ Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra.

internacional caso por caso, no parece suceder lo mismo con los grupos armados en el DIH actual. Cabe preguntarse, entonces, si la nueva categorización utilizada al regular los CANI ha modificado el modo en el que opera la teoría de la subjetividad internacional a la hora de explicar la dinámica propia del DIH.

En este capítulo describiremos las principales características de las categorías “grupo beligerante” y “grupo armado”, compararemos algunas de sus particularidades tomando como caso de estudio el del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (en adelante, “EZLN”) y, en definitiva, las pondremos bajo la lupa de la teoría de la subjetividad internacional, principalmente a partir de una serie de concepciones que han sido sintetizadas y presentadas como tipos ideales por PORTMANN.¹⁵ Entendemos que esto posibilitará esclarecer si revestiría utilidad seguir tomando en consideración la categoría “comunidad beligerante” en la actualidad, o si la categoría “grupo armado” resulta de algún modo superadora. En última instancia, nuestro objetivo es analizar cuál ha sido en el pasado y cuál es actualmente la relevancia de la noción de “subjetividad internacional” en materia de DIH y, particularmente, con relación a los grupos armados no estatales.

1. El grupo o comunidad beligerante

Desde fines del siglo XIX, la práctica estatal se apartó de la doctrina tradicional que consideraba como un asunto doméstico la lucha armada desarrollada por un grupo no estatal que se alzaba en contra de un Estado. Esta variación fue plasmada por la doctrina europea y norteamericana.¹⁶ Con los casos que escapaban a aquella regla nació la categoría “grupo beligerante” o “comunidad beligerante”.

En la primera parte de esta sección presentaremos someramente cuáles eran los criterios utilizados para afirmar la existencia de un grupo o comunidad beligerante y en el segundo apartado explicaremos cuáles eran sus consecuencias jurídicas. El tercer acápite estará destinado a profundizar el estudio del modo discrecional en el que se otorgaba el reconocimiento de beligerancia. Finalmente, analizaremos dicho reconocimiento desde la teoría de la subjetividad internacional.

1.1. Requisitos para acceder al estatuto de beligerante

El punto de partida de la categoría “grupo beligerante”, para la gran mayoría de los autores del siglo XIX, era una división entre el estado de beligerancia y algún tipo de estadio previo cuya denominación variaba: “insurgentes”, “partido político”, “criminales”, “sublevados”, “rebeldes”, “comunidad”, “sociedad” o incluso sin brindar una denominación específica.¹⁷ En la teoría del reconocimiento de beligerancia, estos

¹⁵PORTMANN (2010: 13-18).

¹⁶Si bien MOIR (2002: 4-11) explica que en la práctica de Estados Unidos y de Gran Bretaña la doctrina del reconocimiento de beligerancia surgió con las guerras independentistas de las colonias españolas en América del Sur, en la doctrina los primeros antecedentes se remontan a mediados del siglo XVIII. Ver OLIVART (1895).

¹⁷OLIVART (1895: 37-79, 121- 122). Algunos textos modernos sostienen que existía una categorización tripartita de los movimientos insurreccionales: rebeldes, insurgentes, beligerantes. Ver MOIR (2002: 4-6), BARBOZA (2003: 161) y CLAPHAM (2006: 271). Las fuentes de la época dan cuenta de la existencia de

primeros escalafones permanecían irrelevantes para el derecho internacional¹⁸ y las potencias extranjeras debían abstenerse de intervenir, pues de lo contrario se inmiscuían en los asuntos internos del Estado en conflicto.¹⁹

En el caso de los grupos beligerantes, si era el propio Estado en lucha el que otorgaba el nuevo estatuto, esto no resultaba problemático, pues podía soberanamente tomar la decisión de aplicar el ordenamiento jurídico internacional a una situación que se producía dentro de su territorio.²⁰ Pero cuando un tercer Estado no involucrado en esa contienda quería adoptar la misma tesitura, la teoría del reconocimiento de beligerancia proponía otra solución para sortear el principio de no injerencia en los asuntos internos y, de ese modo, aplicar normas de DIH a la lucha armada intraestatal: debían cumplirse una serie de requisitos objetivos antes de que los terceros Estados pudieran reconocer al grupo no estatal involucrado en el conflicto el carácter de grupo beligerante.²¹ Inicialmente discutidos,²² estos requisitos fueron expresados con claridad en la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el conjunto de casos conocidos como *Prize cases*,²³ en diciembre de 1862. En esa oportunidad, el juez GRIER expresó –en el voto mayoritario– que:

una guerra civil nunca es declarada solemnemente, sino que se vuelve tal por sus características: el número, poder y organizaciones de las personas que la llevan adelante. Cuando la parte rebelde ocupa y detenta en modo hostil parte del territorio, tiene declarada su independencia, ha abjurado de su fidelidad, organizado ejércitos y principiado las hostilidades contra su

ciertas divergencias en la denominación y cantidad de categorías, así como en los elementos que hacían a su configuración. Aunque mayoritariamente se sostiene una división bipartita, existen clasificaciones más extensas, por ej., en las “Instrucciones de 1863 para los ejércitos en campaña de los Estados Unidos de América” redactas por Francis LIEBER.

¹⁸ De este modo, la utilización de la fuerza dentro del propio territorio y/o el castigo por actos cometidos allí, incluyendo la desobediencia de los súbditos o ciudadanos a la autoridad, era considerado un ejercicio del principio de soberanía.

¹⁹ WIESSE (1905: 2); INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1900: art. 2) y SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1321).

²⁰ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1320- 1321). Para un análisis breve de los motivos que un Estado podía tener para reconocer el estatus de beligerante a un grupo no estatal contra el que luchaba en su propio territorio, ver MOIR (2002: 10-11) & ARMAS PFIRTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 97- 98).

²¹ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1321).

²² Siguiendo a OLIVART (1895), entre fines del siglo XVIII y fines del siglo XIX, numerosos textos sostenían criterios muy variados. Un primer grupo identificaba un solo requisito objetivo necesario para efectuar el reconocimiento de beligerancia por parte de terceros Estados, aunque no parecía haber acuerdo acerca de cuál era su contenido. La mayoría de la doctrina, en cambio, identificaba dos o más requisitos, con combinaciones de lo más diversas

²³ 67 U.S. 635 (1862). Este caso tuvo como objeto la determinación de la legalidad o no de la captura de los buques *Amy Warwick*, *Crenshaw*, *Hiawatha* y *Brillante* en el marco del bloqueo naval que había sido establecido en abril de 1861 por parte del gobierno de Estados Unidos con relación a los puertos de los Estados confederados, en el marco de la Guerra Civil norteamericana (1861-1865). La Corte Suprema de Estados Unidos determinó que el estado de guerra existía incluso en el caso de una guerra civil y, aunque las partes neutrales podían cuestionar la existencia del bloqueo naval y la autoridad legal para su dictado, en este caso debían respetarlo, pues había sido establecido conforme a las leyes de la guerra. Para ello, la Corte consideró que la proclamación del bloqueo hecha por el presidente de Estados Unidos en abril de 1861 resultaba evidencia suficiente de la existencia del estado de guerra. A pesar que el eje de la contienda versaba, entonces, sobre el reconocimiento efectuado por el propio Estado en conflicto, la Corte Suprema en aquella ocasión también analizó el reconocimiento efectuado por terceros Estado.

anterior soberano, el mundo los reconoce como beligerantes y a la lucha como una guerra.²⁴

De este modo, se sostuvo que el gobierno de Estados Unidos no podía cuestionar el reconocimiento de beligerancia efectuado por terceros Estados con relación a la facción secesionista.²⁵ La postura plasmada por el juez GRIER dio forma definitiva a la teoría del reconocimiento de beligerancia, luego receptada en un documento emitido en 1900 por el *Institut de Droit International*.²⁶

Allí se dejó asentado que el reconocimiento expreso o tácito de beligerancia efectuado por parte del Estado en conflicto le quitaba la posibilidad de oponerse al reconocimiento por parte de terceros Estados.²⁷ Pero si un tercer Estado quería realizar el reconocimiento sin que el Estado en conflicto lo hubiera hecho previamente, entonces el grupo no estatal debía cumplir con los siguientes requisitos: 1) control sobre una porción determinada del territorio del Estado; 2) posesión de los elementos básicos de un gobierno regular que permitan ejercer los derechos de aparente soberanía; y 3) conducción de las hostilidades por tropas organizadas bajo un mando responsable, sujetas a la disciplina militar y que actúen de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.²⁸ Esta estructura ha sido reproducida por la doctrina hasta la actualidad para explicar la teoría del reconocimiento de beligerancia.

1.2. Consecuencias del reconocimiento de beligerancia

A los grupos que eran reconocidos como beligerantes por el Estado contra el que luchaban, o bien por terceros Estados, se les admitía inmediatamente el goce de privilegios reservados en general a los propios Estados. A pesar de que la cantidad de normas que los alcanzaba podía variar, se los consideraba sometidos a las reglas del derecho internacional.

Es decir, los grupos beligerantes tenían derechos y obligaciones internacionales, aunque con dos tipos de restricciones. Por un lado, las normas que los alcanzaban versaban sólo sobre cuestiones concernientes al desarrollo de la guerra. Por otra parte, también estaba limitado su alcance en función de quién efectuara el reconocimiento. Si se trataba del Estado en lucha, entonces las normas de DIH operaban plenamente en sus relaciones con el grupo beligerante. En cambio, si era un tercer Estado el que efectuaba el reconocimiento, entonces los efectos jurídicos del acto se limitaban a las

²⁴ 67 US 635 (1862: 666-667).

²⁵ En particular, la Corte Suprema de Estados Unidos se refirió a la declaración de neutralidad efectuada por Gran Bretaña y luego seguida por otros Estados. 67 US 635 (1862: 669).

²⁶ El documento se llama “Derechos y deberes de las potencias extranjeras, en el caso de insurrección, con relación a los gobiernos estables y reconocidos contra los que se produce la insurrección”. El valor de los documentos emitidos por el *Institut* ha sido destacado por SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1322). Incluso, ARMAS PFIRTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 98) consideran que, tal como han sido plasmadas por el *Institut*, expresan las normas consuetudinarias desarrolladas en la materia durante el siglo XIX.

²⁷ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1900: artículo 4).

²⁸ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1900: artículo 8).

relaciones de la comunidad beligerante con ese Estado: esencialmente las reglas de la neutralidad.²⁹

En rigor, a pesar de la existencia de estas restricciones, la atribución de derechos y obligaciones internacionales implicaba necesariamente el otorgamiento del estatus de sujeto internacional. En todo caso, las restricciones indicaban que se trataba de una subjetividad limitada o imperfecta.³⁰ Y, por otra parte, se consideraba que su carácter era transitorio, puesto que terminada la guerra, el grupo beligerante victorioso tomaría sitio entre los Estados, o bien fracasaría en su lucha y volvería a estar bajo la autoridad del antiguo soberano.³¹

1.3. Discrecionalidad

Aunque normalmente no se le dediquen demasiadas líneas, el elemento central de la teoría del reconocimiento de beligerancia era la discrecionalidad: cada Estado era libre de otorgar o no el estatuto de beligerante a un grupo no estatal, y en el momento que considerase adecuado.³²

Sólo una postura minoritaria sostuvo que, reunidas las condiciones necesarias, existía un derecho de los grupos y/o una obligación de los terceros Estados de efectuar el acto de reconocimiento.³³ Sin embargo, recibió múltiples críticas, entre ellas: que se confundía el reconocimiento de beligerancia con el reconocimiento de independencia; que se incentivaba la injerencia en los asuntos internos de los Estados; y, quizás la más relevante para el análisis de este capítulo, que era imposible ostentar un derecho (internacional) a ser reconocido como beligerante si previamente no se tenía personalidad internacional o capacidad para reclamar por ello.³⁴ Es decir, la posesión de derechos y obligaciones internacionales aparecía siempre atada a la subjetividad internacional, y no se podía tener una suerte de “derecho a ser reconocido como sujeto internacional”.

Luego de la Guerra Civil norteamericana, la forma definitiva que tomó la teoría del reconocimiento de beligerancia indicaba que el acto era absolutamente

²⁹Ver SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1320-1321); MOIR, (2002: 5-11); ARMAS PFIFTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 97- 100) e INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1900: artículo 5 y artículo 7).

³⁰Ver nota 5.

³¹ARMAS PFIFTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 99); WIESSE (1905: 10-12); OLIVART (1895: 86).

³²SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1320-1321); ARMAS PFIFTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 98); MOIR (2002: 10, 13).

³³Así, BLUNTSCHLI (1895: 291) proponía en cabeza de los “partidos políticos” que cumplían determinados requisitos un derecho natural a ser tratado por los mismos principios que el ejército de un Estado ya existente, que tanto el Estado en lucha como los terceros Estados debían garantizar. OLIVART (1895: 45-46, 49, 59-60) destaca también las posturas de ESPERSON y de LORIMER, quienes señalaban que rehusar el reconocimiento equivalía a tomar parte por el Estado, así como la de HAUTEFILLE, quien consideraba al reconocimiento como un acto de justicia y no de mera conveniencia. También LANDA (1877: 30-37) afirmaba que el reconocimiento era la simple comprobación de un hecho cuyas consecuencias se imponían natural y forzosamente, siendo una prueba de moderación y humanidad. Similarmente, OLIVART (1895: 57-59) menciona que para MONTAGUE BERNARD, el fundamento último de dicho acto era la humanidad y la regularidad de la guerra.

³⁴Ellas son retomadas por OLIVART (1895) a lo largo de su obra.

discrecional.³⁵ De este modo, dependía de los intereses de cada Estado y sólo cabían argumentos de conveniencia acerca de cuándo hacerlo o no: los Estados tenían el derecho de examinar las condiciones y decidir si les convenía tomar una postura u otra. Es decir, se trataba de un acto puramente voluntario, que sólo podía basarse en un interés propio.³⁶

Esto recuerda a las palabras utilizadas por BLOCK quien, al referirse a aquella guerra, señalaba que el reconocimiento de beligerancia por parte de Inglaterra a los confederados fue un “precedente desafortunado”, que no se debía a la justicia de la causa, “sino porque necesitaban su algodón”.³⁷ En efecto, también a lo largo de la obra de OLIVART se sugiere que en la práctica las potencias no reconocían a una parte en guerra con su soberano la calidad de beligerante, sino cuando el hecho de ignorar la existencia de esa guerra presentaba para ellas mayores inconvenientes que los que podían resultar de una ruptura con dicho soberano.³⁸

1.4. La subjetividad explicada

Hemos visto que el reconocimiento de beligerancia, otorgado discrecionalmente, implicaba el otorgamiento de la calidad de sujeto internacional. Indagaremos ahora en las concepciones de la teoría de la subjetividad internacional que pueden explicar esto apropiadamente.

Si pensamos en la época en la que se desarrolló la teoría del reconocimiento de beligerancia, se advierte rápidamente que se corresponde con una visión estadocéntrica del derecho internacional que, por entonces, tenía absoluta preeminencia. En este sentido, resulta medular el elemento de discrecionalidad: la última palabra *–la única palabra–* la tenían los Estados.

Aquel momento histórico del derecho internacional ha sido sindicado por PORTMANN como correspondiente a los antecedentes de lo que él denomina “concepción de la exclusividad estatal” (*States-only conception*). Las personas precursoras de esa visión sostenían que el derecho internacional estaba centrado en el Estado, su principal creador y destinatario, y que sus normas sólo coexistían junto a una serie de reglas propias del derecho natural.³⁹ Sin embargo, en unos pocos casos, el derecho internacional también era considerado aplicable entre determinadas entidades no estatales como, por ejemplo, en los tratados entre Estados europeos y comunidades indígenas o en las normas relativas a piratería que resultaban directamente aplicables a individuos.⁴⁰ Aún así, se trataba de excepciones al criterio generalmente aceptado que el derecho internacional se aplicaba exclusivamente al Estado.

Entonces, una primera posibilidad es entender al grupo beligerante como una excepción de este tipo: un caso *sui generis* que detonaba la aplicación de determinadas

³⁵El documento del INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, de hecho, utiliza el verbo *poder* en sus artículos 4 y 8, indicando la facultad de los Estados de efectuar el reconocimiento.

³⁶Ver, entre otros, OLIVART (1895: 86, 89- 91); DANA (1866: 23); SHERSTON BAKER (1893: 505); INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1900: artículos 4-8); WIESSE (1905: 25-28); MOELWYN-HUGHES (1927: 203); ARMAS PFIFTER, BARBERIS & QUEROL (1999: 97-98); MOIR (2002: 14-18).

³⁷BLOCK (1884: 773).

³⁸OLIVART (1895).

³⁹PORTMANN (2010: 35-41).

⁴⁰PORTMANN (2010: 39).

normas internacionales, sin que por ello se conmoviera la regla general que indicaba que el derecho internacional existía por y para los Estados. En principio, parecería una explicación válida. Sin embargo, no resulta suficiente para dar cuenta del estatus jurídico del grupo beligerante, que resultaba un elemento central de la teoría ya desde el siglo XIX.⁴¹

Por su parte, una concepción moderna de la subjetividad internacional, pero aún basada en la exclusividad estatal, sostenida por cierta doctrina de principios del siglo XX,⁴² ni siquiera admite excepciones, postulando que el único destinatario del derecho internacional es el Estado. De tal modo, tampoco resulta suficiente para describir la situación de las comunidades beligerantes.

Una tercera opción es la visión de la subjetividad internacional anclada en el reconocimiento (*recognition conception*),⁴³ que parecería intuitivamente la más adecuada para explicar la existencia de un grupo beligerante. Si bien la teoría del reconocimiento de beligerancia precede en más de un siglo a aquella formulación doctrinaria, por centrarse precisamente en el acto de reconocimiento es que merece especial atención.

Según esta concepción, la subjetividad internacional se obtiene a través del reconocimiento por parte de los Estados, que tienen total discreción a la hora de efectuarlo. A su vez, el alcance de la personalidad jurídica internacional se limita a los Estados reconocientes y de conformidad con los parámetros definidos en dicho acto, por lo cual se interpreta restrictivamente. En definitiva, “el reconocimiento sigue la misma lógica que la creación de normas en general: es competencia de los Estados otorgar el reconocimiento y sólo es oponible a aquellos Estados que lo hayan otorgado”.⁴⁴ No hace falta analizar esta postura con lupa para notar que sigue siendo una visión estadocéntrica, que realiza la menor cantidad de modificaciones posibles a la idea de la exclusividad estatal.⁴⁵

Según explica PORTMANN, para esta concepción, si la entidad no estatal en cuestión estaba sujeta al poder de un Estado en particular, entonces su reconocimiento no podía realizarse a través de un acto unilateral, requiriéndose en cambio la manifestación por parte de al menos dos Estados, siendo uno de ellos el Estado en cuestión.⁴⁶ Sin dudas esto se vincula al respeto del principio de no injerencia en los asuntos internos. Como hemos visto, en el caso del reconocimiento de beligerancia, esta cuestión se resolvía de otra forma: se consideraba suficiente el reconocimiento del Estado parte en la lucha armada, mientras que para el caso de un tercer Estado se agregaban criterios objetivos que los habilitaban a realizar el acto de reconocimiento. Esta pequeña divergencia entre una teoría de la subjetividad anclada en el reconocimiento y la teoría del reconocimiento de beligerancia no parece conmover, en definitiva, su coincidencia en cuanto al fundamento último: los Estados como sujetos originarios del ordenamiento jurídico internacional tienen el poder de determinar la existencia de nuevos sujetos y de limitar los alcances de su personalidad.

Así, esta concepción de la subjetividad basada en el reconocimiento parece ajustarse a lo que sucedía con los grupos beligerantes, constituyendo la opción más

⁴¹ OLIVART (2010: 86) hacía ya referencia a una personalidad *ad litem*.

⁴² PORTMANN (2010: 42-47).

⁴³ PORTMANN (2010: 80-84).

⁴⁴ PORTMANN (2010: 84).

⁴⁵ PORTMANN (2010: 80, 248-257).

⁴⁶ PORTMANN (2010: 82).

ajustada para explicar la atribución de derechos y obligaciones y, a su vez, utilizando la noción de “subjetividad internacional”. De este modo, aunque escojamos una teoría que acepta la existencia de otros sujetos, esto se produce de forma limitada y sólo cuando ha sido aceptada por los Estados. El escenario está claro: el derecho internacional está hecho por y para los Estados.

2. Nueva categoría, ¿nuevas concepciones?: los grupos armados frente a la subjetividad internacional

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (en adelante, “CG”) y, posteriormente, el Protocolo Adicional II de 1977 (en adelante, “PA-II”) dieron forma a las normas básicas que, aún hoy, regulan convencionalmente los CANI.⁴⁷ Mientras el primero estableció las disposiciones mínimas que debían aplicarse “en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, el PA-II se define como complementario de dicho artículo.⁴⁸ Adicionalmente, otros tratados internacionales prevén específicamente su aplicación, total o parcial, en contextos de CANI.⁴⁹ A su vez, las normas consuetudinarias ocupan cada vez más un rol de gran relevancia en la regulación de esos conflictos.⁵⁰

A pesar del desarrollo de este plexo normativo, ni los instrumentos mencionados ni la costumbre internacional reconocida en la actualidad hacen referencia a grupos o comunidades beligerantes.⁵¹ El artículo 3 común establece que quienes están obligados

⁴⁷Nos limitaremos exclusivamente a tratar situaciones de CANI, aunque ello no implica negar la posibilidad de que haya grupos armados involucrados en conflictos armados internacionales. Este límite también implica dejar de lado el tratamiento del estatus de los Movimientos de Liberación Nacional (en adelante, “MLN”), cuya lucha ha sido contemplada en el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I de 1977, como un supuesto de conflicto armado internacional en el que se aplica el DIH en su conjunto. Ver MOIR (2002: 90- 92) y HEFFES en este volumen. Esto no significa que algunas de las apreciaciones y conclusiones a las que se arribe no sean aplicables a dicho supuesto, si se considera que los MLN son, en esencia, grupos armados. Sin embargo, dicho análisis debería profundizar también en otras cuestiones relativas a la calificación de conflictos como internacionales o no internacionales, al alcance de algunos vocablos utilizados en el PA-I (por ej. “pueblos”) y al origen mismo de la categoría MLN. Algunos de estos puntos son abordados por SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 41- 56).

⁴⁸Desde luego, como se verá en esta sección, el ámbito de aplicación del PA-II está más restringido que el del artículo 3 común, ya que su artículo 1.1 establece que será aplicable a conflictos entre Estados y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, con características particulares, y en el territorio de los primeros.

⁴⁹Algunos ejemplos son la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, según su enmienda del 21 de diciembre de 2001; el Estatuto de la Corte Penal Internacional; la Convención sobre los Derechos del Niño, así como su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados; y la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, y su segundo Protocolo.

⁵⁰HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (2005: xxxv) identifican al menos 140 normas consuetudinarias aplicables en CANI.

⁵¹Si bien algunos textos doctrinarios actuales tratan conjuntamente cuestiones relativas a grupos beligerantes, grupos armados alcanzados por el artículo 3 común y por el PA-II. SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1322) ya señalaban errores posibles con relación a su tratamiento conjunto, explicando que en modo alguno podía considerarse el reconocimiento de beligerancia como una consecuencia de la aplicación del artículo 3 común o del PA-II.

por sus disposiciones son “las Partes en conflicto”. El PA-II, al delimitar su ámbito de aplicación, se refiere a los conflictos entre fuerzas armadas estatales y “fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”, delineando luego las características que deben poseer tales grupos para caer bajo la órbita del tratado.⁵² A su vez, tomando como referencia el estudio efectuado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, “CICR”) sobre DIH consuetudinario, podemos afirmar también que la costumbre internacional que rige durante los CANI no contempla la categoría “grupo beligerante”, sino la de “grupo armado”.⁵³ Algunos tratados internacionales que se aplican a situaciones de CANI también han optado por utilizar la categoría “grupo armado/grupo armado organizado”.⁵⁴ En igual sentido, toda la doctrina moderna utiliza esa terminología, mientras que prácticamente todos los textos que se refieren a grupos o comunidades beligerantes lo hacen con un enfoque histórico.⁵⁵

El DIH actual, en definitiva, se refiere a grupos armados. En esta sección expondremos, las consecuencias jurídicas de pertenecer a dicha categoría y, en particular, explicaremos cómo funciona, a nuestro criterio, la estructura normativa que da lugar a su existencia. El segundo apartado estará destinado a presentar el caso del EZLN, como ejemplo de las diferencias entre la categoría “grupo beligerante” y la actual “grupo armado”. Por último, analizaremos el rol que le cabe a la teoría de la subjetividad internacional.

2.1. La estructura normativa que da lugar a la existencia de un grupo armado

¿Quién decide cuándo existe un grupo armado? En el caso de los grupos beligerantes, queda claro que tal decisión recaía en cabeza del Estado, pues el acto de reconocimiento era discrecional. Sin embargo, este tipo de acto no se realiza con relación a los grupos armados y, en verdad, tampoco existe en DIH una definición de “grupo armado”.⁵⁶

En cambio, tanto el artículo 3 común como el PA-II están formulados de forma tal que su aplicación resulta automática, una vez cumplidos los distintos requisitos objetivos allí contemplados.⁵⁷ Y estas condiciones, a la vez que determinan el ámbito de aplicación de las normas, puntualizan la pertenencia misma a la categoría “grupo armado”.

De tal modo, el elemento central de la estructura normativa que define la existencia de un grupo armado está constituido, precisamente, por aquellas condiciones

⁵² SCHMITT (2012: 120, 126- 128) explica que un CANI, a la luz del artículo 3 común y del PA-II, podría desarrollarse enfrentándose un Estado con fuerzas armadas disidentes, civiles que participan en las hostilidades, o bien grupos armados. En este capítulo sólo abordamos este último supuesto.

⁵³ Ver SASSÒLI (2010: 10- 14); HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (2005).

⁵⁴ Por ejemplo, el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados; el Estatuto de la Corte Penal Internacional; por remisión al artículo 3 común, también la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, según su enmienda del 21 de diciembre de 2001.

⁵⁵ Ver nota 9.

⁵⁶ HAZEN (2010: 373).

⁵⁷ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1343); CLAPHAM (2006: 271- 272); SASSÒLI (2011: 48). Una crítica con respecto al efecto en la práctica de la aplicación automática *de iure* del artículo 3 común puede encontrarse en MOIR (2002: 85-88).

objetivas establecidas en las normas que les serán aplicables. Y, en consecuencia, el análisis a efectuar debe ser casuístico.⁵⁸

Será necesario, entonces, que haya un conflicto armado que pueda calificarse como de carácter no internacional,⁵⁹ lo que sucede “cuando quiera que haya [...] una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos”.⁶⁰ A su vez, aunque el artículo 3 común no se refiere específicamente a “grupos armados” sino a “Partes en conflicto”, no cabe duda que esta última expresión engloba a los primeros.⁶¹ Asimismo, existe acuerdo en cuanto a que estos grupos no son estatales y deben tener un mínimo de organización que permita diferenciarlos de otro tipo de organizaciones violentas que toman parte en situaciones típicamente internas, como los disturbios interiores y tensiones internas.⁶² Así, el cumplimiento de estas condiciones de aplicación del artículo 3 común determinará también la existencia misma del grupo armado.

Un grupo armado no estatal también puede ser alcanzado por el PA-II cuando en el conflicto armado se enfrenta a un Estado, al interior de su territorio, y siempre que tenga un mando responsable y ejerza control sobre una parte del territorio estatal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones del PA-II.⁶³ Sin embargo, el cumplimiento de los requisitos adicionales previstos en dicho instrumento sólo resultan útiles para determinar la extensión del plexo normativo que les resulta aplicable, pero no para afirmar que se trate de actores de diferente naturaleza.

Es decir, cuando un grupo con un mínimo de organización participa de un CANI, se le aplica el artículo 3 común, mientras que cuando el conflicto armado y el grupo en cuestión reúnen las condiciones de aplicación previstas en el PA-II, entonces se aplican ambos.⁶⁴ En el mismo sentido, cumplidas las condiciones fácticas de aplicación de una norma consuetudinaria determinada, esta resulta obligatoria para el grupo armado involucrado en un CANI. En todos los supuestos, el artículo 3 común permanece aplicable, pues tiene carácter subsidiario.⁶⁵

Entonces, la principal consecuencia jurídica de pertenecer a la categoría genérica “grupo armado” es que recaen sobre ellos derechos y obligaciones de DIH. Esto se produce independientemente que pueda variar su cantidad y complejidad, de acuerdo a

⁵⁸ Ver RONDEAU (2011: 650); INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2007); PAULUS & VASHAKMADZE (2009).

⁵⁹ SASSÒLI (2011: 48, 53-54); MOIR (2002: 30-52). Algunas dificultades para calificar una situación como CANI son mencionadas por GRAHAM (2012: 45-46).

⁶⁰ TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Dusko Tadic, “*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*,” IT-94-I-A, 2 de octubre de 1995, párrafo 70.

⁶¹ SASSÒLI (2011: 56); SCHMITT (2012: 119).

⁶² Ver HAZEN (2010); SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1354-1356); MOIR (2002: 34-52); SASSÒLI (2011: 57-58).

⁶³ Artículo 1.1 del PA-II. Ver SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1347-1356); SCHMITT (2012: 126-135).

⁶⁴ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1350).

⁶⁵ Debe recordarse que existe consenso con relación al carácter consuetudinario del contenido del artículo 3 común, que se aplica a todo tipo de conflictos armados. En efecto, al haberse redactado originalmente para ser aplicado sólo en conflictos armados no internacionales (pero en el marco de los Convenios de Ginebra, destinadas a los conflictos internacionales), algunos textos han caracterizado al artículo 3 común como un “miniconvenio”. Con respecto a la historia del artículo 3 común, sus características y ámbito de aplicación, ver, e.g., MOIR (2002: 129-144); PINTO (2003); PEJIC (2011).

las propias características del grupo armado y a la naturaleza del conflicto armado en cuestión.

En definitiva, en este aspecto la situación no dista tanto de la que imperaba en el siglo XIX. Los grupos beligerantes, por pertenecer a esa categoría, tenían derechos y obligaciones internacionales. Los grupos armados, también. La diferencia radica en la extensión de la normativa aplicable: para los primeros podían llegar a regir todas las normas destinadas a CAI, mientras que estos últimos están, al menos en principio, limitados a la regulación que alcanza a los CANI.

2.1.1. Voluntarismo relativizado

Aunque la nota central de este esquema está constituida por los requisitos objetivos que determinan la aplicación de las normas de DIH, lo cierto es que el elemento voluntarista no ha desaparecido por completo.

Por un lado, los Estados han aceptado las normas internacionales, sea a través de la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado internacional,⁶⁶ o con su participación en la formación de una costumbre internacional mediante su *praxis* y *opinio iuris*.⁶⁷ Si el tratado internacional o la costumbre no prevén un acto adicional como paso previo para su aplicación (por ejemplo, el acto de reconocimiento de los grupos beligerantes), entonces cumplidas sus condiciones de aplicación, deben regir en la situación específica para la que han sido creadas. De tal manera, debe notarse nuevamente que la diferencia esencial con lo que sucedía anteriormente es que, concretados los requisitos objetivos para decir que un grupo armado existe, no parece haber espacio para que la voluntad estatal interfiera en la operatividad de las normas que rigen la cuestión.

En segundo lugar, consideramos que debe contemplarse con seriedad la posibilidad de que la voluntad de los grupos armados también sea relevante en el marco de los procesos de creación de normas jurídicas internacionales.⁶⁸ Al respecto, las teorías predominantes sostienen que los grupos armados no participan en el diseño o elección de las normas que les resultan aplicables.⁶⁹ Una visión alternativa postula, en cambio, que la participación de los grupos armados sí resulta relevante y que es en virtud de ello

⁶⁶ Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículos 11 a 17 y 24.

⁶⁷ Ver SHAW (2008: 72-91) y HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (2005: xvii- xviii).

⁶⁸ Esta posibilidad parece surgir, en primer lugar, del texto del artículo 3 común, que alienta a las partes en conflicto a hacer “lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones [de los Convenios de Ginebra]”. Al respecto, ver PICTET *ET AL.* (1952: 59-61). El PA-II, en cambio, no contiene una disposición similar (aunque tampoco existe ninguna norma prohibitiva que impida la celebración de acuerdos semejantes), pero sí establece que los grupos armados alcanzados por este tratado internacional deben tener la capacidad de aplicar el Protocolo (artículo 1.1), lo que ha sido interpretado como una valoración de la voluntad de los propios grupos. Ver CLAPHAM (2006: 277); CASSESE (1981: 424- 426); SASSÒLI (2003: 6); SASSÒLI (2010: 13) y SIVAKUMARAN (2011). Por su parte, RONDEAU (2011: 658- 659) recuerda que durante la negociación de los Protocolos Adicionales de 1977 una serie de grupos armados tuvieron representantes como observadores. Otro ejemplo de grupos armados participando de la creación de normas, en este caso de derechos internacional de los derechos humanos, es dado por CLAPHAM (2006: 272- 273).

⁶⁹ Son ejemplos de esta posición la doctrina de la “Soberanía estatal efectiva sobre el territorio” y la “Teoría de la jurisdicción local” o “Capacidad de legislar”. Ver PICTET *ET AL.* (1952: 51) y (1960: 34); MOIR (2002: 54-55); CASSESE (1981); SOMER (2007: 661) y HENCKAERTS (2003: 126).

que puede sostenerse la obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales con relación a los propios grupos.⁷⁰ El desarrollo acabado de las líneas argumentales de esta posición requeriría un capítulo aparte e implicaría profundizar en una serie de dificultades que esta conlleva, tanto con relación a la teoría de las fuentes del derecho internacional público como con respecto a la idea del Estado como único creador de normas en el ordenamiento jurídico internacional.⁷¹ En definitiva, más allá de los debates que esta postura deja abiertos, su adopción implica dar una consideración especial a las manifestaciones de los grupos no estatales. En este sentido, podrían tener algún grado de intervención en la determinación de las normas de DIH que se aplican en situaciones específicas y, por lo tanto, en su propia inclusión o no bajo la categoría “grupo armado”.

Sin embargo, esto tampoco modificaría la estructura normativa reseñada, en la que la voluntad, tanto de los Estados como de los grupos armados, es expresada al momento de crear y/o aceptar las normas de DIH, pero no tendría posibilidades de alterar su aplicación automática una vez cumplidas las condiciones de aplicación.

2.1.2. Corolario

En este apartado hemos explicado que la existencia de un grupo armado en cada caso particular no está dada por un acto concreto de uno o más Estados, como sucedía con los grupos beligerantes. En cambio, hay una estructura normativa en la que la voluntad estatal se manifiesta previamente y de manera genérica, aceptando la existencia de grupos armados en todos los casos en los que se produzcan determinadas condiciones objetivas previstas por normas jurídicas internacionales.

Por su parte, la importancia que se dé a la voluntad del propio grupo podría poner de manifiesto otros problemas propios del derecho internacional público y, como

⁷⁰ Existen dos argumentos que, desde nuestro punto de vista, pueden utilizarse de forma combinada. Una primera teoría sostiene que existe una obligación consuetudinaria que prescribe el cumplimiento del artículo 3 común y que recae en cabeza de los grupos armados. Ver al respecto SOMER (2007:661-662) y la sentencia sobre jurisdicción del TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Fiscal c. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara, “*Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*”, 13 de marzo de 2004, párrafos 45- 47). Para afirmar que una norma consuetudinaria es obligatoria para los grupos armados, a la luz del principio de igualdad de los beligerantes, debe tenerse en cuenta su propia práctica en la configuración de la norma. En efecto, creemos que existen argumentos suficientes para sostener que los grupos armados ya participan, de hecho, en la formación de normas consuetudinarias de DIH, pues se tiene en cuenta tanto su comportamiento –activo u omisivo–, como sus declaraciones unilaterales, acuerdos especiales, acuerdos de cese al fuego o de paz, o incluso sus códigos de conducta. Ver TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Dusko Tadic, Sala de Apelaciones, “*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*”, 2 de octubre de 1995, párrafos 107-108; SASSÒLI (2003: 6); SASSÒLI (2010: 13) y SIVAKUMARAN (2011). La postura contraria es sostenida por HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (2005: xxxiv- lvii). Una posición intermedia puede encontrarse en HENCKAERTS (2003: 128). Algunos problemas prácticos con respecto a esta teoría también pueden encontrarse en SASSÒLI (2003: 5- 9) y SASSÒLI (2010: 10- 14). El segundo argumento sugiere que la teoría de los efectos de los tratados con relación a terceros puede adaptarse y aplicarse a grupos armados con relación a los cuales existen obligaciones establecidas en tratados internacionales en materia de DIH. Ver CASSESE (1981); MOIR (2002: 99) y RONDEAU (2011: 649- 672). Una postura crítica puede encontrarse en BELLAL, GIACCA & CASEY-MASLEN (2011: 56).

⁷¹ Desde nuestra perspectiva, esta visión constituye un gran avance en términos de igualdad de los beligerantes. Sin embargo, algunas críticas a esta opinión son expresadas por BELLAL, GIACCA & CASEY-MASLEN (2011: 56) y por MOIR (2002: 99). Algunos de estos problemas son abordados por SASSÒLI (2010: 13- 26).

veremos más adelante, podría también influir en la elección de una teoría de la subjetividad internacional que resulte adecuada para describir la dinámica del DIH actual.

2.2. Grupo beligerante vs. grupo armado: el caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional

En este apartado exploraremos un ejemplo que explicitará cómo las categorías “grupo beligerante” y “grupo armado” operan de forma disímil: la primera basada en el acto de reconocimiento y la segunda sustentada en la estructura normativa que hemos explicado. A su vez, el caso del EZLN servirá para observar cómo las manifestaciones discursivas del grupo no estatal fueron ignoradas desde la óptica de la teoría del reconocimiento de beligerancia, mientras que desde la perspectiva de la categoría “grupo armado” pueden ser tenidos como un elemento relevante.

Durante su primer año de lucha armada, el EZLN reclamó abiertamente al Estado federal mexicano su reconocimiento como grupo beligerante. Esto se vio plasmado, fundamentalmente, en las dos primeras Declaraciones de la Selva Lacandona⁷² y en diversas comunicaciones emitidas a lo largo de 1994.⁷³ El discurso del EZLN parecía demostrar que cumplía con los requisitos necesarios para ser reconocido como grupo beligerante, incluso por parte de un tercer Estado: la existencia de fuerzas armadas regulares –que utilizaban uniforme y bandera distintiva– bajo un mando responsable –la Comandancia General–, así como la voluntad del grupo de cumplir con el DIH, eran elementos recurrentes en las comunicaciones.⁷⁴ A su vez, poco tiempo después de iniciar sus operaciones militares, el EZLN adquirió el control de una parte del territorio mexicano y ejerció sobre él derechos de soberanía.

Sin embargo, el EZLN no fue reconocido como comunidad beligerante. Ni México ni otros Estados efectuaron un acto de reconocimiento tácito o expreso que permita afirmar que este grupo haya adquirido tal estatuto en momento alguno. Su reclamo, por lo tanto, fue ignorado.

Esta situación, por un lado, contribuye a reafirmar que la categoría dejó de utilizarse definitivamente luego de celebrados los CG de 1949. Asimismo, da cuenta de la discrecionalidad absoluta de los Estados para efectuar un acto de reconocimiento. En este sentido, recordemos, la teoría del reconocimiento de beligerancia parece ajustarse a la concepción del reconocimiento en el marco de la teoría de la subjetividad internacional.

Ahora bien, el panorama parece notoriamente distinto si lo analizamos a la luz del DIH actual. La situación de enfrentamiento armado entre el Estado mexicano y el EZLN no era un conflicto armado internacional en los términos del artículo 2 común a los CG.⁷⁵ Se trataba de un Estado y de un actor no estatal (la otra “Parte en conflicto”),

⁷² En su Primera Declaración, el EZLN se autoproclamó como “fuerza beligerante” y demandó que el Estado mexicano lo reconociera como tal. Ver EZLN (1993).

⁷³ El EZLN insistió con su reclamo de reconocimiento de beligerancia en numerosas comunicaciones. Ver, por ejemplo: EZLN (1994B); EZLN (1994D); EZLN (1994E); (1994F); (1994H).

⁷⁴ EZLN (1993); EZLN (1994A); EZLN (1994C); EZLN (1994E); EZLN (1994F); EZLN (1994I); EZLN (1994J); EZLN (1994G).

⁷⁵ Los CG se encontraban vigentes y México los había ratificado en 1952. En cuanto al PA-II, no ha sido ratificado por México, por lo cual no es posible sostener su aplicación, no cumpliéndose a su respecto ese

por lo cual parecían cumplirse las condiciones objetivas que pueden desprenderse del artículo 3 común al delimitar su ámbito de aplicación, en particular la existencia misma del CANI.⁷⁶ A su vez, también podía afirmarse la existencia de numerosas normas consuetudinarias aplicables en caso de CANI.⁷⁷

El manejo de la situación como un CANI se puede corroborar al observar los hechos inmediatamente posteriores al inicio de la lucha armada. Por un lado, los intentos por concertar negociaciones de paz, en los que autoridades mexicanas y el EZLN mantuvieron un diálogo bilateral, dan cuenta de la consideración que el propio Estado le dio a la situación. Por otro lado, un elemento que no debe perderse de vista es la intervención que tuvo el CICR, que inicialmente ofreció sus servicios para “asistir a las víctimas del conflicto y asegurar que la protección prevista por el derecho internacional humanitario fuera garantizada por las partes”⁷⁸ y luego cumplió múltiples otras funciones,⁷⁹ entre ellas la negociación de zonas de seguridad humanitaria, basadas en las facultades de prevención y de contención de los efectos dañinos de los conflictos armados manteniéndolos al mínimo posible.⁸⁰

Todos estos elementos parecen demostrar que la situación era considerada un CANI y que, en ese contexto, el EZLN quedaba incluido en la categoría “grupo armado”, pues sin dudas cumplía con las exigencias relativas al mínimo nivel de organización y a la capacidad de desarrollar acciones de violencia armada.⁸¹ En este sentido, a diferencia de lo que sucedía con la categoría “grupo beligerante”, la aplicación de las normas de DIH se activó de manera automática, ante la existencia de una situación de hecho que lo ameritaba. No había lugar para la discrecionalidad.

Adicionalmente, el caso del EZLN también permite observar algunos indicios de la relevancia que puede tener la voluntad de los grupos armados. En efecto, desde la Primera Declaración de la Selva Lacandona, el EZLN (además de aquel reclamo por ser considerado como grupo beligerante) había expresado su intención de cumplir con las “leyes de la guerra” y había solicitado la presencia del CICR. Es decir, el grupo había declarado su posición frente al DIH, como destinatario de sus normas.⁸²

¿Qué habría sucedido si el EZLN no hubiera presentado desde un comienzo su lucha en términos respetuosos del DIH? ¿Si el propio EZLN no se hubiera caracterizado como un grupo beligerante, habría siquiera sido considerado como grupo armado? ¿Habría sido posible la intervención del CICR? Al tratarse de un razonamiento contra-fáctico, quizás la respuesta a todo esto sea de todos modos positiva. Sin embargo, los hechos nos muestran que lo que efectivamente sucedió es que el EZLN, a través de sus acciones y de su discurso, sentó su posición frente al DIH. Este dato no puede desatenderse ya que, en definitiva, la posición adoptada por el EZLN sin dudas facilitó que el DIH pudiera aplicarse en este conflicto. De tal modo,

primer elemento. Conforme datos obtenidos del cuadro de ratificaciones de los principales tratados internacionales de DIH, actualizado al 20 de agosto de 2012, disponible en la página web del CICR: [http://www.icrc.org/ihl/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/ihl/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf).

⁷⁶ Ver nota 58.

⁷⁷ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1341-1342) ya afirmaban la existencia de normas consuetudinarias aplicables a CANI.

⁷⁸ MÉGEVAND (1995).

⁷⁹ Ver INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (1998).

⁸⁰ TANNER (2000).

⁸¹ Ver nota 60.

⁸² Ver notas 70, 71 y 72. Ver también MÉGEVAND (1995).

podría sostenerse que las manifestaciones del EZLN pueden haber jugado un papel relevante en la determinación de su propia categorización como “grupo armado”.

2.3. La subjetividad revisada

El análisis del DIH actual nos ha permitido observar varias cuestiones acerca de la categoría “grupo armado”: i) no se requiere un acto puntual de reconocimiento para afirmar la existencia de un grupo armado, sino que ésta se sostiene sobre la base de una estructura normativa centrada en criterios objetivos incluidos en normas jurídicas internacionales; ii) el lugar para la discrecionalidad en dicha determinación se reduce considerablemente y se vincula a una discusión más amplia acerca de la existencia o no de un conflicto armado; iii) como tales, los grupos armados tienen derechos y obligaciones internacionales.

Este último elemento es, precisamente, el que nos remite nuevamente a la cuestión de la subjetividad internacional. Tradicionalmente se ha entendido que los grupos armados son sujetos de derecho internacional, pero “en el limitado contexto de los derechos y obligaciones humanitarias”.⁸³ Esta parece ser la única forma de compatibilizar la atribución de derechos y obligaciones internacionales al grupo armado con el contenido del artículo 3 común a los CG,⁸⁴ en cuanto establece en su oración final que “[l]a aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”. Esta disposición mantiene su virtualidad con relación al PA-II, que “desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación”. Según PICTET,⁸⁵ esta disposición del artículo 3 común responde al temor de los Estados de que su aplicación impidiera la “represión legítima de la rebelión o confiriese al bando adverso el estatuto de beligerante, acrecentando así su autoridad y poder” y, en definitiva, garantiza que la aplicación del artículo “no constituye en sí mismo, por parte de un Gobierno legal, ningún reconocimiento de poder alguno a la parte adversa”. Es decir, “carece de efecto sobre el trato jurídico o político” que se dé al grupo. En el mismo sentido, SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN han señalado que, en virtud de su vínculo con el artículo 3 común y de su propia redacción, la puesta en práctica del PA-II “no constituye, pues, un reconocimiento, ni siquiera implícito, de beligerancia, ni cambia la naturaleza jurídica de las relaciones entre las partes involucradas en el conflicto”.⁸⁶

Ahora bien, podemos preguntarnos si el esquema presentado puede ser explicado adecuadamente utilizando el mismo marco teórico que hemos usado al examinar la subjetividad de los grupos beligerantes en el acápite 1.4. Como hemos visto, entre aquel caso y el de los grupos armados existe una diferencia central: que éstos últimos no requieren ningún acto específico de reconocimiento, ni expreso ni tácito, sino que las normas de DIH se aplican de forma automática siempre que la situación de hecho lo amerite. Parece evidente, entonces, que una concepción anclada en el reconocimiento quedaría trunca. En efecto, ni siquiera sería posible considerar la existencia de un reconocimiento tácito, puesto que los Estados, al momento de aceptar

⁸³ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1372).

⁸⁴ MOIR (2002: 65-67).

⁸⁵ PICTET *ET AL.* (1960: 43-44).

⁸⁶ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMANN (1987: 1344).

las normas que prevén la existencia de grupos armados y sus obligaciones en materia de DIH, no podían previamente conocer cuáles eran los grupos no estatales pasibles de acceder a tal categorización.

A su vez, otro elemento que no puede pasar inadvertido es el potencial impacto teórico que tendría aceptar que la voluntad de los grupos armados tenga algún tipo de relevancia en el marco del proceso de creación de normas jurídicas internacionales y, con ello, en su propia categorización. Posiblemente esta dinámica no lograría ser explicada por ninguna versión de la concepción estadocéntrica. De tal modo, el análisis teórico debe variar.

PORTMANN sostiene que la teoría de la subjetividad internacional debe basarse en una combinación de principios que emanan de una concepción individualista (*individualistic conception*)⁸⁷ y de una concepción formal (*formal conception*).⁸⁸ De la primera de ellas, toma esencialmente la postulación *a priori* de la subjetividad del individuo en el campo de los derechos humanos, vinculada principalmente a la existencia de normas de *ius cogens*. De la segunda, adopta su premisa más relevante: que el derecho internacional es un sistema abierto, por lo cual no pueden considerarse la existencia de sujetos *a priori*. En la conjunción de ambas teorías, la coincidencia central indica que —con excepción de los individuos en el campo de los derechos humanos— la subjetividad internacional se adquiere por ser destinatario de normas de derecho internacional (tanto derechos y obligaciones como capacidades específicas), y que esos destinatarios pueden ser identificados a través de principios de interpretación de aquellas normas. En este sentido, mientras las visiones estadocéntricas derivan consecuencias jurídicas de la condición de “sujeto internacional” (es decir, sólo el sujeto internacional es destinatario de normas jurídicas, o bien tiene la capacidad de crearlas), esta perspectiva realiza el razonamiento inverso, considerando a la subjetividad como la consecuencia de ser destinatario de normas jurídicas. De esta forma, también se desplaza al Estado de su rol central.⁸⁹

En esencia, la concepción individualista, la formal y la combinación de ambas no tienen la pretensión prescriptiva que resulta clara en las visiones estadocéntricas. Por el contrario, sólo parecen apuntar a describir la dinámica del derecho internacional. Desde esta perspectiva, entonces, los grupos armados serían considerados sujetos de derecho internacional, por cuanto son destinatarios directos de normas jurídicas internacionales. En esta postura, entonces, podría incluirse a quienes hablan de una personalidad jurídica funcional en cabeza de los grupos armados, en consonancia con la interpretación tradicional que se ha hecho del sentido y alcance del DIH aplicable a CANI.⁹⁰

Sin embargo, a nuestro entender estas concepciones encuentran al menos una dificultad en cuanto a su descripción del DIH actual. La combinación teórica intentada por PORTMANN no necesariamente ofrece herramientas para entender el rol que los grupos armados podrían tener en el proceso creador de esas normas jurídicas internacionales que, en última instancia, los tendrán como uno de sus destinatarios. En este sentido, incluso podría verse vulnerada la idea del derecho internacional como un sistema abierto.

⁸⁷ PORTMANN (2010: 126-133).

⁸⁸ PORTMANN (2010: 173-177).

⁸⁹ PORTMANN (2010: 272-281).

⁹⁰ Ver SASSÒLI (2003: 6).

3. La subjetividad descartada

La dinámica del DIH en situaciones de CANI sin dudas nos presenta ante situaciones complejas. El paso de la categoría “grupo beligerante” a la actual “grupo armado” puede ayudarnos a pensar en diversos e interesantes desafíos.

Aunque pertenecen a distintos momentos históricos en el desarrollo del derecho internacional, creemos que el examen comparativo ha permitido dar cuenta de la existencia de elementos suficientes para destacar que la categoría “grupo armado” presenta algunas ventajas sobre el “grupo beligerante”. Mientras en el caso de los grupos beligerantes se dejaba todo en manos del reconocimiento discrecional de los Estados, la categoría “grupos armado” aparece de forma automática cuando se cumplen los criterios objetivos contemplados normativamente. La sola existencia de un CANI conlleva la aplicación de las normas de DIH, incluyendo a los grupos armados como destinatarios. En este sentido, se ha allanado el terreno para que operen las previsiones destinadas a otorgar protección a las víctimas de los conflictos, así como cierta regulación de los medios y métodos de combate. En rigor, aunque el reconocimiento de beligerancia presentaba la ventaja de hacer posible la aplicación de todas las normas de DIH –al menos cuando era efectuado por el Estado que enfrentaba al grupo– la teoría parecía más bien orientada a resguardar exclusivamente los intereses estatales. En cambio, la estructura normativa actual parece adecuarse más a la efectiva aplicación del DIH en situaciones de CANI.

Asimismo, la consecución de las metas del DIH puede verse favorecida si se tiene en cuenta la potencial relevancia de las manifestaciones de voluntad de los propios grupos armados. En verdad, parece acertado notar que, en tanto destinatarios de normas de DIH, las expresiones de los grupos armados a la hora de determinar su obligatoriedad y extensión puede tener gran impacto en los hechos, tal como sucedió en el caso del EZLN.

Ahora bien, desde la teoría de la subjetividad internacional, las concepciones examinadas en este capítulo tienen dificultades para dar cuenta acabadamente del lugar ocupado por los grupos armados, así como sus características en el marco normativo provisto por el DIH actual. Es posible pensar, entonces, que la explicación no necesariamente debe buscarse en una teoría de la subjetividad internacional, al menos como ha sido entendida hasta ahora. No pretendemos dar una respuesta a los numerosos debates existentes en materia de subjetividad internacional, pero sí nos permitimos señalar que una solución alternativa podría ser abandonar esa noción, abriendo el juego a nuevas respuestas posibles.

Una concepción centrada en los actores del ordenamiento internacional (*actor conception*)⁹ rechaza la noción de subjetividad internacional como ha sido entendida tradicionalmente, postulando en cambio que todos los actores de las relaciones internacionales son relevantes para el sistema jurídico internacional, en mayor o menor grado, de acuerdo a su actuación efectiva, esto es, reconocida fácticamente por otros actores. Esta posición afirma que los derechos y obligaciones de actores particulares son

⁹PORTMANN (2010: 208- 213).

determinados en un proceso de toma de decisiones en el que los actores son participantes.⁹²

Al considerarla como otra interpretación de la teoría de la subjetividad internacional, PORTMANN se ocupa de criticar esta visión principalmente por dos cuestiones: i) en cuanto sostiene que el derecho internacional no es un conjunto de reglas y principios, sino un proceso de toma de decisiones; ii) por postular que la relevancia de los actores en ese proceso depende de su poder efectivo, lo que produce que el derecho internacional no sea un sistema abierto y, a su vez, niega la posibilidad que el individuo sea considerado *a priori* como sujeto internacional.⁹³

Seguramente la concepción centrada en los actores sea susceptible de numerosas objeciones y modificaciones. Entre ellas, sin dudas las críticas presentadas por PORTMANN son atendibles. No obstante, también pensamos que sería factible explorar nuevas combinaciones que, aun sosteniendo una visión centrada en los actores-participantes, integre otras nociones centrales del derecho internacional, fundamentalmente en cuanto a la existencia de normas de *ius cogens* y a la protección del individuo como fin central del ordenamiento jurídico internacional.

Por lo pronto, podemos decir que los lineamientos básicos de la concepción centrada en los actores parecen ser los más adecuados para dar cuenta de la dinámica actual del DIH, especialmente con respecto a la categoría “grupo armado”. En efecto, a través de esta visión es posible afirmar que los grupos armados tienen derechos y obligaciones internacionales que han sido establecidos a partir de un proceso de toma de decisiones, sin preocuparnos por otorgarles un estatus jurídico determinado. También desde esta perspectiva se puede entender que tanto los Estados como los grupos armados participan en el proceso de creación de normas jurídicas de DIH y, más precisamente, en el proceso de decisión acerca de su propia categorización. Asimismo, esto dará paso a un análisis más complejo acerca del modo en el que cada uno de estos actores interviene en el establecimiento de los derechos y obligaciones internacionales, reconociendo que pueden ocupar roles distintos, cuya importancia será mayor o menor de acuerdo a la actuación o poder efectivo de cada uno.

Bibliografía

Documentos Internacionales

Instrucciones de 1863 para los ejércitos en campaña de los Estados Unidos de América (Código de Lieber), disponible en inglés en <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/110> (última visita: 29/07/2018).

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (1900) *Derechos y deberes de las potencias extranjeras, en el caso de insurrección, con relación a los gobiernos estables y reconocidos contra los que se produce la insurrección.*

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (1998) *News Release 98/38*, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jpfj.htm>

⁹²HIGGINS (1991: 79- 81).

⁹³PORTMANN (2010: 258, 264- 270).

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2007) “30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent: International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts”, Genève, 26-30 de noviembre de 2007, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl-challenges-30th-international-conference-eng.pdf>

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Prize cases*, 67 U.S. 635 (1862)

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Dusko Tadic, “*Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*”, IT-94-I-A, 2 de octubre de 1995.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Fiscal c. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara, “*Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*”, 13 de marzo de 2004

Bibliografía Crítica o Secundaria

AKANDE, D. (2012) “Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts”, en WILMSHURST, E. (ed.) *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford: University Press, pp. 32- 79.

ARMAS PFIRTER, F., BARBERIS, J. & QUEROL, M. (1999) *Sujetos del derecho de gentes*, Buenos Aires: Universidad Austral/Ábaco.

BARBOZA, J. (2003) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavallía.

BELLAL, A., GIACCA, G. & CASEY-MASLEN, S. (2011) “International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan”, *International Review of the Red Cross*, N° 881, pp. 47- 79.

BLOCK, M. (1884) “Reconnaissance Internationale”, en BLOCK, M. *Dictionnaire Général de la Politique*, t. II, París: Émile Perrin, Libraire-Editeur, 772- 773.

BLUNTSCHLI, J. (1895) *Le Droit International Codifié*, traducción de Lardy, M. C., París: Guillaumin et C. Éditeurs.

BROWNLIE, I. (2003) *Principles of Public International Law*, Oxford: University Press.

CASSESE, A. (1981) “The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, pp. 416- 439.

CLAPHAM, A. (2006) *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford: University Press.

DANA, R. H. (1866) (ed.) *Elements of International Law by Henry Wheaton*. Londres: Sampson Low, Son, and Company.

DINSTEIN, Y. (2012) *Concluding Remarks on Non-International Armed Conflicts*, en WATKIN, K. & NORRIS, A. (eds.) *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, Newport: Naval War College, pp. 399- 421.

GRAHAM, D. (2012) *Defining Non-International Armed Conflict: A Historically Difficult Task*, en WATKIN, K. & NORRIS, A. (eds.) *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, Newport: Naval War College, pp. 43- 55.

HAZEN, J.M. (2010) “Understanding Gangs as Armed Groups”, *International Review of the Red Cross*, N° 878, pp. 369- 386.

HENCKAERTS, J.-M. (2003) “Binding Armed Opposition Groups through Humanitarian Treaty Law and Customary Law”, *Collegium 27, Special edition: proceedings of the Bruges Colloquium, Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors*, pp. 123- 137.

HENCKAERTS, J.M. & 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", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Vol. 230 (1991-V), pp. 9- 341.
- JESSUP, P. (1947) "The Subjects of a Modern Law of Nations", *Michigan Law Review*, Vol. 45, pp. 383- 408.
- KALSHOVEN, F. & ZEGVELD, L. (2001) *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*, Geneva: ICRC.
- LANDA, N. DE (1877) *El Derecho de la Guerra conforme a la Moral*, Pamplona: Imprenta de Joaquín Lorda.
- MÉGEVAND, B. (1995) "Between Insurrection and Government - ICRC action in Mexico", *International Review of the Red Cross*, N° 304, pp. 94- 108.
- MOELWYN-HUGHES, R. (ed.) (1927) *International Law by the Right Hon. The Earl of Birkenhead*, Londres/Toronto: J. M. Dent & Sons Ltd.
- MOIR, L. (2002) *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge: University Press.
- OLIVART, MARQUÉS DE (1895) *Del Reconocimiento de Beligerancia y sus Efectos Inmediatos*, Madrid: L. Péant e Hijos.
- PAULUS, A. & VASHAKMADZE, M. (2009) "Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict - a Tentative Conceptualization", *International Review of the Red Cross*, N° 873, pp. 95- 125.
- PEJIC, J. (2011) "The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye", *International Review of the Red Cross*, N° 881, pp. 189- 225.
- PICTET, J. ET AL. (1952) *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Vol. I, Geneva: ICRC.
- PICTET, J. ET AL. (1960) *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Vol. III, Geneva: ICRC.
- PINTO, M. (2003) "La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia", *Lecciones y Ensayos*, Vol. 78, pp. 297- 310.
- PORTMANN, R. (2010) *Legal personality in international law*, New York: Cambridge University Press.
- RONDEAU, S. (2011) "Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts", *International Review of the Red Cross*, N° 883, pp. 649- 672.
- SANDOZ, Y., SWINARSKI, C. & ZIMMERMANN, B. (eds.) (1987) *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva: ICRC/Martinus Nijhoff.
- SASSÒLI, M. (2003) "Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law", Paper submitted at the Armed Groups Conference, Vancouver, 13-15 November 2003, disponible en: <http://www.genevacall.org/resources/other-documents-studies/f-other-documents-studies/2001-2010/2003-13nov-sassoli.pdf>
- SASSÒLI, M. (2010) "Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law", *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, pp. 5- 51.
- 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 Law and International Human Rights Law*, New York: Oxford University Press.
- SCHMITT (2012) "The Status of Opposition Fighters in a Non-International Armed Conflict", en WATKIN, K. & NORRIS, A. (eds.) *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, Newport: Naval War College, pp. 119-144.
- SHAW, M. (2008) *International Law*, Cambridge: University Press.
- SHERSTON BAKER, G. (1893) *Halleck's International Law or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, Vol. I, Londres: Kegan Paul, Trench, Trübner, & Co. Ltd.

- SIVAKUMARAN, S. (2011) "Lessons for the Law of Armed Conflict from Commitments of Armed Groups: Identification and Legitimate Targets and Prisoners of War", *International Review of the Red Cross*, N° 882, pp. 463- 482.
- SOMER, J. (2007) "Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, N° 867, pp. 655- 690
- TANNER, F. (2000) "Conflict prevention and conflict resolution: limits of multilateralism", *International Review of the Red Cross*, N° 839.
- VATTEL, E. DE (1758) *Le Droit des Gens. Ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*, Vol. I & 2, London.
- VON HEINEGG, W. (2012) "Methods and Means of Naval Warfare in Non-International Armed Conflicts", en WATKIN, K. & NORRIS, A. (eds.) *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, Newport: Naval War College, pp. 211- 236.
- WIESSE, C. (1905) *Reglas de Derecho Internacional aplicables a las Guerras Civiles*, Lima: Torres Aguirre.

Otras fuentes utilizadas

- EZLN (1993) Primera Declaración de la Selva Lacandona, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994A) Comunicado del 5 de enero de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994B) Comunicado del 6 de enero de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994C) Comunicado del 11 de enero de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994D) Comunicado del 13 de enero de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994E) Comunicado del 20 de enero de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994F) Comunicado del 31 de enero de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994G) Comunicado del 28 de septiembre de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994H) Comunicado del 6 de octubre de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994I) Comunicado del 7 de octubre de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.
- EZLN (1994J) Comunicado del 8 de diciembre de 1994, disponible en: <http://palabra.ezln.org.mx/>.

¿Más allá del *ius in bello*? Grupos armados organizados, uso de la fuerza y derecho (inter)nacional

*Ezequiel Heffes*¹

En los últimos años, una parte de la doctrina se ha enfocado en analizar el rol de los denominados “actores no estatales” en el derecho internacional. Esto se ha dado, incluso, cuando la noción de “actor” no proviene del derecho, sino de las ciencias políticas.² Su incorporación en el derecho internacional ha respondido de forma pragmática al aumento en la participación de estas entidades en la esfera internacional.

Este escenario, sin embargo, no ha podido modificar posiblemente la característica más importante del derecho internacional actual relativa a su naturaleza estadocentrista. De todas formas, el mencionado pragmatismo ha intentado, por cuestiones metodológicas, distinguir entre diferentes actores no estatales, identificando a empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales, individuos y grupos armados organizados (en adelante, “GAOs”), entre otros. Estos presentan desafíos en las diferentes esferas del derecho internacional en las que actúan. Por ejemplo, los GAOs, que son el foco central de este capítulo, son parte en la mayoría de los conflictos armados no internacionales (en adelante, “CANIs”) actuales,³ mientras que el rol de individuos y organizaciones internacionales en los procesos de creación de derecho internacional ha recientemente ganado atención.

Los GAOs, en tanto entidades independientes de los Estados, han sido el objeto de numerosos estudios, tanto desde las ciencias sociales y sociológicas, como desde perspectivas jurídicas. Estos han intentado identificar los motivos por los cuales actúan de una forma u otra, y los regímenes jurídicos aplicables. Este capítulo, precisamente, se ubica en los últimos. La creciente participación de estos actores en la esfera internacional, sin embargo, no ha sido acompañada por un desarrollo convencional similar a situaciones donde participan exclusivamente Estados, siendo el derecho internacional humanitario (en adelante, “DIH”) el único que ha sido abiertamente reconocido por la comunidad internacional como generador de derechos y obligaciones.⁴ Este se encuentra formado por el DIH consuetudinario,⁵ el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 –hoy en día también considerado parte del

¹Con excepción de ciertas adaptaciones menores, la presente publicación fue escrita en 2012. Diversos aspectos, a su vez, han sido presentados en HEFFES, E. (2014) “Guerras justas, *ius post bellum* y comunidades políticas en disidencia: cuando los Movimientos de Liberación Nacional no triunfan” en BUIS, E. J., (ed.) *¿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.

²BIANCHI (2009: xii).

³BELLAL (2018: 17).

⁴Existen ciertas excepciones en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, como es el artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (2000), y el artículo 7 de la Convención de Kampala (2009).

⁵HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (2005).

derecho consuetudinario— y el Protocolo Adicional II de 1977 (PA II), con su ámbito de aplicación más restringido.⁶

La existencia de estas obligaciones en materia de DIH ha implicado un reconocimiento a los GAOs de una subjetividad internacional limitada sólo al ámbito del derecho de los conflictos armados.⁷ Esta situación se condice con determinadas teorías clásicas referidas a la personalidad jurídica de entidades distintas a los Estados,⁸ en donde los grupos serían meros destinatarios de normas de DIH fundados en la dicotomía entre “sujetos” y “objetos” de normas. Se basa, a su vez, en la frase final del artículo 3 común, que afirma que su contenido “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”. Esto ha sido interpretado como una negativa explícita de los Estados a reconocer que un GAO tiene un “estatuto legal”, ya que esto “obstaculizaría y limitaría al Gobierno en sus operaciones de legítima represión”.⁹

Este escenario clásico hoy enfrenta grandes desafíos, ya que los GAOs influyen en situaciones que no se encuentran necesariamente reguladas por el DIH.¹⁰ Dos deben ser mencionadas: i) el *ius ad bellum*, definido como aquellos escenarios en los cuales es (i)lícito el uso de la fuerza en las relaciones internacionales o, mejor dicho, el “recurso” al conflicto armado;¹¹ y ii) el *ius post bellum*, en tanto derecho aplicable con posterioridad a la finalización del conflicto. En el caso de los GAOs, este se entiende como la potestad estatal de juzgar el mero hecho de que un grupo de individuos se hubiera rebelado en su contra.¹² Incluso cuando a simple vista pudiera parecer que existe una relación directa entre el DIH y estos cuerpos normativos, el derecho internacional ha dejado en claro su completa separación.¹³ El DIH, en esta línea, ha reconocido que su aplicación no legitima de ningún modo cualquier uso de la fuerza en el plano internacional.¹⁴

En este capítulo, el *ius ad bellum* será el punto de partida para desafiar las limitaciones impuestas por los Estados hacia los GAO. En esta línea, se intentará comprobar que los GAOs poseen obligaciones internacionales por fuera del DIH. En la siguiente sección, se analizará el tratamiento actual del *ius ad bellum* en el derecho internacional público (en adelante, “DIP”), tomando como punto de partida la Carta de las Naciones Unidas y diversos aportes doctrinarios que ensayan su posible aplicación a

⁶ En este caso se hace referencia a lo expuesto en el artículo 1.1 *in fine* del Protocolo Adicional II, el cual establece que su ámbito de aplicación será a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

⁷ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMAN (1987: 1372, nota al pie 18).

⁸ PORTMANN (2010: 13–14).

⁹ PICTET (1998), disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (último acceso: 25/07/2018).

¹⁰ Ha habido discusiones relativas a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a GAOs. Por ejemplo, FORTIN identifica en este contexto a aquellas detenciones que no tienen nexo con el conflicto, argumentando en favor de su regulación por este cuerpo normativo, *cf.* FORTIN (2017: 38).

¹¹ SASSÒLI (2007: 242) y DABONÉ (2011: 397–398).

¹² DABONÉ, por ejemplo, hace referencia a lo estipulado por el Protocolo Adicional II cuando expone en su artículo 6,5 que “[a] la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia a las personas que hayan tomado parte en el conflicto o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, *cf.* DABONÉ (2011: 398).

¹³ SASSÒLI (2007: 241–264).

¹⁴ Véase, entre otros, BUGNION (2003: 167–198) y OKIMOTO (2011: 14–24).

los GAOs. En la segunda sección se examinará el único escenario en el cual se ha permitido que la fuerza armada sea utilizada por un grupo armado: las guerras de liberación nacional llevadas a cabo por Movimientos de Liberación Nacional (en adelante, “MLN”). En la última sección serán ensayadas posibles conclusiones a la cuestión del uso de la fuerza por parte de los mencionados actores no estatales, integrando la noción de subjetividad internacional y, asimismo, su eventual “expansión” ante el surgimiento de nuevas disposiciones que regulan su comportamiento.

1. *Ius ad bellum* y grupos armados organizados: ¿Presente, pasado o futuro?

La regulación del uso de la fuerza en el DIP actual no vio la luz hasta después de la Primera Guerra Mundial (1914-1918). No obstante, ciertos antecedentes datan de las primeras discusiones que se llevaron a cabo durante las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, las cuales, convocadas por el Zar de Rusia Nicolás II, tenían por objeto “encontrar las maneras más efectivas de asegurar a todos los pueblos los beneficios de una paz real y duradera y, sobre todo, poner fin al desarrollo progresivo de armamentos existentes”.¹⁵ En dicho contexto se adoptaron una serie de acuerdos relativos a la resolución pacífica de controversias (Convención I), además de ciertas disposiciones de DIH (Convenciones II-IV). Las Convenciones de La Haya se erigieron así como el primer paso en miras de prohibir definitivamente el derecho subjetivo de cada Estado a la guerra.¹⁶ Como señala KOLB, dicha potestad se limitó de dos formas, una formal y otra material. Mientras que para la primera, el artículo 1 de la Convención III (1907) requería una declaración de guerra previa al comienzo de las hostilidades y, en caso de ausencia, la guerra se tornaba en agresión, para la segunda, fundada en la Convención II (1907), se prohibía el recurso a la guerra para el cobro de deudas contractuales.¹⁷ De este modo, por primera vez en un instrumento jurídico internacional se declaraba que el motivo del uso de la fuerza podía tornarlo ilícito, aunque siempre en relaciones interestatales.

El Pacto de las Sociedad de las Naciones (1919) y, más tarde, la firma del Pacto Briand-Kellogg (1928), marcaron el comienzo de una nueva etapa en lo que se refiere a la interdicción moderna del uso de la fuerza interestatal.¹⁸ No obstante, con el inicio de la Segunda Guerra Mundial en 1939 se volvieron evidentes las dificultades que afrontó la Sociedad de las Naciones para regular dicha prohibición, así como para “desarrollar la cooperación entre las naciones y garantizarles la paz y la seguridad”.¹⁹

HIGGINS afirma que en lugar de concentrarse en dicho fracaso, diversas conferencias internacionales y pronunciamientos gubernamentales durante la Guerra se centraron en la creación de una nueva y mejorada organización internacional a fin de

¹⁵ SCHINDLER & TOMAN (1996: 49).

¹⁶ KOLB (2009: 33).

¹⁷ KOLB (2009).

¹⁸ REYDAMS (2006: 1-32). Según este autor, el derecho de gentes ya no permitía a los gobiernos soberanos “alcanzar [a través de la guerra] grandes fines de Estado”, como lo establecía el Código de Lieber (artículo 30). Asimismo, se creía que, en el marco de la Sociedad de las Naciones, el mundo se encaminaría hacia el desarme y que el comercio de armas quedaría bajo control, teniendo como punto de partida la Declaración de San Petersburgo de 1868.

¹⁹ Preámbulo, Pacto de la Sociedad de Naciones.

mantener la paz futura y regular el *ius ad bellum*.²⁰ La idea de limitar el uso de la fuerza de manera más eficaz tomó impulso a partir de 1941 cuando el entonces Presidente de los Estados Unidos, Franklin Roosevelt, y el Primer Ministro británico, Winston Churchill, propusieron, y luego firmaron, la Carta Atlántica. Este documento reunía ocho principios para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y afirmaba “que todas las naciones del mundo, material y espiritualmente, deberán renunciar al uso de la fuerza”.²¹ Otras reuniones realizadas entre 1943 y 1945 derivaron en la creación de la Organización de las Naciones Unidas en San Francisco.

A partir de ese momento, es su Carta orgánica la que ha regulado el uso de la fuerza en el plano internacional. Con base en dicho pacto constitutivo, en los instrumentos jurídicos vigentes y las reflexiones teóricas de la doctrina, no cabe ninguna duda del estado actual de la cuestión en donde se proscribió de modo genérico el uso de la fuerza en las relaciones interestatales. Denominado como *ius contra bellum*, se ve consagrado en su artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, al expresar que “[l]os 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” (énfasis agregado por el autor).²² Como se puede observar, tal interdicción concierne a los Estados en sus relaciones *internacionales* y no contemplaría situaciones que nacen en el interior de sus fronteras con la participación de actores no estatales.²³ El artículo 2.4 es explícito cuando habla de quiénes se encuentran obligados a no utilizar la fuerza: los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”). Esto ha sido interpretado de dos formas: i) el uso de la fuerza dentro de un Estado no se encuentra prohibido por el derecho internacional y, por tanto está permitido, o al menos tolerado. Esto implica que los Estados tienen un derecho a reprimir por las armas el comportamiento de los grupos armados que actúan en su interior,²⁴ y ii) no existe en el derecho internacional una prohibición de levantarse contra el Estado que alcance a los GAOs y, en todo caso, esto puede estar reprimido por el derecho interno.²⁵ En este contexto, entonces, los GAOs no se encontrarían afectados por las reglas del *ius ad bellum*, reafirmando con esta visión el protagonismo del Estado como único sujeto alcanzado por dichas normas y con la prerrogativa de hacer uso de la fuerza contra otros actores y de prohibirles a estos la ejecución de acciones semejantes.²⁶

Una visión alternativa, sin embargo, ha esgrimido que el derecho internacional puede también regular el comportamiento de otros actores/sujetos que podrían encontrarse bajo la órbita del *ius contra bellum*.²⁷ 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 no estatal, es lógico que hayan surgido visiones diferentes.

²⁰ HIGGINS (2010: 38).

²¹ Punto 8, Carta Atlántica de 1941.

²² Artículo 2.4, Carta de las Naciones Unidas.

²³ KOLB (2009: 247) y CONDORELLI (2003: 178).

²⁴ DABONÉ (2012: 304-305).

²⁵ KOTLIK y HEFFES (2016: 80).

²⁶ *Idem*.

²⁷ KOLB (2009).

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.²⁸ En tanto tienen la capacidad de actuar y sus acciones traen aparejadas consecuencias en el plano internacional, entonces deben estar alcanzados por la prohibición del uso de la fuerza. A pesar de que esta propuesta parece innovadora, el autor también afirma que “los actores no estatales son tratados como objetos legales, como destinatarios del derecho por su calidad de actores”,²⁹ colocándolos así en un lugar secundario. KOLB, en cambio, ha postulado que otros sujetos de DIP, en tanto capaces de utilizar la fuerza en las relaciones internacionales, también se encontrarían bajo la órbita de la prohibición del uso de la fuerza contemplada en la Carta, aunque sugiriendo que “[e]n el caso de grupos ‘privados’, se exigiría que posean una forma de control territorial efectivo y relativamente independiente”.³⁰ El criterio de efectividad traería consigo la capacidad de utilizar la fuerza de forma tal que permita su regulación bajo el artículo 2.4 y, aun sin ser Estado, colocarse a la par de las autoridades gubernamentales. El foco, entonces, parecería encontrarse en la existencia de medios similares a los del Estado, tanto desde un punto de vista territorial, como de sus capacidades armamentísticas.

De todas formas, este punto surge exclusivamente de una interpretación doctrinaria. El DIP, por su parte, se ha abocado por mantener los mencionados puntos i) y ii) por la propia redacción del artículo 2.4. Esto es motivado por la voluntad estatal de conservar ciertas cuestiones dentro de la órbita de su soberanía y por el contexto histórico en el cual fue redactado. Esto se ha mantenido incluso cuando en los últimos años han surgido discusiones por su falta de claridad, al menos en lo que respecta a las nuevas entidades que intervienen al presente en los conflictos armados.³¹

Ahora bien, el DIP ha reconocido formalmente tres excepciones a esta prohibición, conformando así el denominado *ius ad bellum*. En primer término se encuentra la legítima defensa como un derecho natural de los Estados e incluido en el artículo 51 de la Carta, que expresa que

“[n]inguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente a la legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.³²

En segundo término se ubica el accionar del Consejo de Seguridad de la ONU en virtud del Capítulo VII de su instrumento constitutivo y, en particular, del artículo 42 de la Carta por el cual “p[uede] ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres,

²⁸ TSAGOURIAS (2011: 327).

²⁹ *Idem*.

³⁰ KOLB (2009: 240).

³¹ Véase, entre otros, O’ DONNELL (2006: 853–868) y GARDNER (2011). Véase también Voto separado de la magistrada Rosalyn HIGGINS, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, párrafos 33–35; y, CORTE SUPREMA DE ISRAEL, *Comité Público contra la Tortura en Israel vs. Estado de Israel* (sobre asesinatos selectivos y uso de la fuerza contra grupos armados), HCJ 769/02, 11 de diciembre de 2005.

³² Artículo 51, Carta de las Naciones Unidas.

la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.³³

Finalmente la comunidad internacional ha reconocido el derecho a la libre determinación de los pueblos a partir de la década de 1950 con las luchas de liberación nacional, cuestión que será analizada con mayor profundidad en la siguiente sección por representar el caso específico de un GAO que tendría un derecho reconocido a hacer uso de la fuerza armada bajo el DIP.

1.1 La legítima defensa estatal contra los grupos armados organizados como caso de estudio

Desde el 11 de septiembre de 2001 luego del atentado a las Torres Gemelas y el comienzo de la “guerra” contra el terrorismo internacional, parte de la comunidad internacional ha intentado modificar gradualmente el paradigma relativo al uso de la fuerza originado en 1945.³⁴ De esta forma, a partir del mencionado artículo 51 se han aproximado diversas cuestiones relativas al ejercicio del derecho a la legítima defensa por parte de un Estado contra un grupo armado.

En la Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) afirmó que dicha disposición sólo se aplica en casos interestatales.³⁵ La magistrada Rosalyn HIGGINS, sin embargo, abrió la posibilidad en su voto separado de fundar en dicha disposición el uso de la fuerza frente al ataque de un GAO, expresando que “nada en el texto del Artículo 51 de la Carta estipula que la legítima defensa se encuentra disponible sólo cuando un ataque armado proviene de un Estado”.³⁶ Este concepto ha sido reafirmado, además, por los magistrados SIMMA y KOOIJMANS en el caso Congo c. Uganda del mismo tribunal.³⁷ Siguiendo esta línea, si un GAO posee un control territorial efectivo y se encuentra en un Estado que no lo controla, emprender un ataque contra un tercer Estado habilitaría el ejercicio a la legítima defensa por parte de este contra el GAO, y no contra las autoridades gubernamentales del primero. Para que ello sea jurídicamente posible, al menos ciertos elementos deben estar presentes: i) debe estar dirigido contra un grupo armado organizado; ii) debe ser en respuesta a un ataque previo realizado por dicho actor no estatal; y, iii) el grupo debe tener un control territorial efectivo tal que admita que la respuesta sea al actor no estatal, y no al Estado desde el cual realizó el ataque.

Para llegar a este resultado, se debería hacer una interpretación amplia tanto del artículo 2.4 como del artículo 51 de la Carta que permita a un Estado utilizar la fuerza de

³³ Artículo 42, Carta de las Naciones Unidas.

³⁴ Véase, por ejemplo, la discusión doctrinaria planteado por CORTEN (2008: 246–249) en relación a las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y su posible aplicación en el ejercicio del derecho a la legítima defensa contra grupos terroristas.

³⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, del 9 de julio de 2004, párrafo 139.

³⁶ Voto separado de la magistrada HIGGINS, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, del 9 de julio de 2004, párrafo 33.

³⁷ Votos separados de los magistrados SIMMA y KOOIJMANS, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, sentencia del 19 de julio de 2005.

manera lícita contra un GAO ejerciendo su derecho a la legítima defensa. Si esto fuera así, se reconocería que dicho actor, al menos en principio, lo hace de forma ilícita y, además, que la relación entre ambos en términos de *ius ad bellum* se encuentra regulada por el DIP. Verlo de otra forma sería aplicar el derecho internacional de forma parcial y sólo con respecto al ataque por parte del Estado, lo que llevaría a un contrasentido a la teoría de uso de la fuerza en general. En este sentido, se toma en consideración que ni el artículo 2.4 ni el 51 pueden ser entendidos como al momento en que fueron escritos. Teniendo en cuenta los escenarios actuales, entonces, se deberían incluir las relaciones entre otros actores dentro de la esfera internacional. De esta forma, la respuesta lícita de un Estado a un ataque ilícito de un grupo armado encontraría su fundamento jurídico en la relación de los precitados artículos. Estas cuestiones derivan a diferentes interrogantes. Algunos de ellos serán planteados a continuación.

1.2 La Carta de las Naciones Unidas: ¿Un instrumento vivo?

El análisis tradicional de los artículos 2.4 y 51 de la Carta exige una alternativa diferente a la clásica posición de que sólo regulan el comportamiento entre Estados. Esto se da por el aumento de la participación de GAOs en conflictos armados a partir de 1945. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la CIJ han presentado elementos interesantes en materia de interpretación de acuerdos internacionales que pueden ser utilizados para la Carta de las Naciones Unidas y a sus provisiones relativas al uso de la fuerza.

De este modo, el mencionado Tribunal regional ha remarcado en diversas oportunidades que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento vivo, “cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,³⁸ y que “[requiere] una interpretación evolutiva [...] para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano”.³⁹ MALARINO ha sugerido que la Corte utiliza el método de la “interpretación progresista” en dos sentidos. A veces, lo hace teniendo en cuenta “el significado objetivo del término en el momento de su aplicación; otras, a un método de ‘actualización del pacto jurídico’ que autoriza al juez a renovar el texto según las necesidades sociales del momento”.⁴⁰

La CIJ también ha adoptado esta interpretación en acuerdos internacionales no relativos a derechos humanos. Por ejemplo, ha afirmado con relación a un tratado comercial entre Costa Rica y Nicaragua que

hay situaciones en las que la intención de las partes al momento de la conclusión del tratado fue, o puede ser presumida de haber sido, dar a los términos usados –o a algunos de ellos– un significado o contenido

³⁸ Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Opinión Consultiva 16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, del 1 de octubre de 1999, párrafo 114. Véase también voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, párrafo 10, Caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafo 36; y, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafos 193 – 194.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Caso *Cinco Pensionistas c. Perú*, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, sentencia del 25 de febrero de 2003, párrafo 16.

⁴⁰ MALARINO (2010: 32).

capaz de evolucionar, no estando establecido definitivamente, para permitir, entre otras cosas, la evolución del Derecho Internacional. En dichos casos, es precisamente para respetar la intención común de las Partes al momento que el tratado fue concluido, no para alejarse de esta, tal consideración debería ser tomada del significado adquirido por los términos en cuestión en cada ocasión en que el tratado es aplicado.⁴¹

Es verdad que ni la Corte Interamericana ni la CIJ se manifiestan sobre disposiciones relativas al uso de la fuerza, pero nada obsta analizar este tema en los mismos términos, es decir, a partir de un elemento evolutivo. Entonces, ¿por qué no pensar que los artículos 2.4 y 51 tengan actualmente un significado diferente al que tenían en 1945, cuando fueron escritos?

Vale recordar que, en definitiva, la Carta de las Naciones Unidas es un tratado internacional que tiene por objeto primordial mantener la paz y seguridad internacionales. Esto implica que si estos últimos términos tienen un significado diferente a 1945, por la pluralidad de actores actuales –y la presencia de GAOs–, su interpretación no puede restringirse a situaciones que ya no existen. En tanto que tratado, la Carta debe ser interpretada de acuerdo al derecho que regula la interpretación de los tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 31 lo siguiente:

Regla general de interpretación:

I. Un tratado deberá 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.

III. [...] Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.⁴²

Es menester remarcar que no todos los Estados estarán de acuerdo con la incorporación de los GAOs en una potencial regulación internacional del uso de la fuerza, sea por una cuestión de legitimidad, o porque esto podría fomentar el uso de la fuerza en contra de las autoridades estatales. Esta falta de consenso en la *praxis* posterior a 1945, sin embargo, no puede ser motivo para no plantear una posible evolución de la Carta en esta temática. Los GAOs existen y utilizan la fuerza armada, y la ausencia de reconocimiento de que lo hacen regulados por el DIP parece ser simplemente por una cuestión estadocéntrica. Este escenario, de todas maneras, ha sido desafiado por diferentes instrumentos.

En el ámbito regional, por ejemplo, se han reconocido avances en la regulación al uso de la fuerza por entidades diferentes a los Estados. Al regular los derechos y deberes del individuo, la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (1981) establece que

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *El diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, sentencia del 13 de julio de 2009, párrafo 64.

⁴² Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 115 UNTS 331.

El individuo [...] tendrá el deber de:

[...] 3. No comprometer la seguridad del Estado del cual sea nacional o residente;

[...] 5. Preservar y reforzar la independencia nacional y la integridad territorial de su país, así como contribuir a su defensa de conformidad con la ley [...].⁴³

Es evidente que esta disposición se expresa a favor del monopolio del uso de la fuerza por parte de los Estados, pero también los distingue del individuo quien, eventualmente, podría formar parte de un GAO.⁴⁴ En consecuencia, aun cuando no los trata directamente, establece una prohibición al uso de la fuerza en contra de las autoridades estatales, prohibiendo al individuo “comprometer la seguridad del Estado”, de donde puede derivarse una expresa regulación del uso de la fuerza desde el DIP hacia entes no estatales o, mejor dicho, la existencia de un *ius ad bellum* más amplio que el que pudo ser comprendido históricamente por la Carta de 1945.

Tomando en consideración que la fuerza armada es utilizada hoy en día en mayor medida por actores no estatales que por Estados, considerar que la regulación emanada de dicho instrumento orgánico está dirigida solo a entidades gubernamentales sería, no sólo no reconocer a las necesidades actuales, sino hacerlo pensando que son las mismas que luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial.

2. Movimientos de Liberación Nacional: ¿excepciones a una regla o nuevo punto de partida?

El proceso de descolonización iniciado luego de la Segunda Guerra Mundial trajo aparejado un número de GAOs que luchaban en nombre de diferentes pueblos contra potencias coloniales, regímenes racistas u ocupaciones extranjeras. El elemento referido a dicha representación funcionó, y todavía funciona, como dispositivo diferenciador de otros GAOs. Así, la categoría de MLN se configura y opera de modo disímil, como se observa, no sólo a partir del desarrollo histórico que llevó al surgimiento de la categoría como tal, sino también en el estado actual de la cuestión, donde aparentemente el proceso de descolonización se encontraría prácticamente completo.⁴⁵

No obstante, ciertas discusiones teóricas todavía se encuentran abiertas. Entre ellas, y relevante para este capítulo, encontramos la relativa a la subjetividad internacional de los MLN. Se afirmó con anterioridad que los GAOs poseen una subjetividad limitada al DIH. Los MLN, sin embargo, poseen además otros derechos y obligaciones internacionales, lo que en principio ampliaría su regulación bajo la órbita del DIP. De este modo, esta excepción a la prohibición del uso de la fuerza, materializada en las guerras de liberación nacional, se representa como esencial en el análisis del *ius ad bellum* de los grupos armados, así como su potencial ampliación de derechos y obligaciones internacionales.

La Carta de las Naciones Unidas en su artículo 1.2 busca “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto de la igualdad de derechos y al de

⁴³ Artículo 29, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

⁴⁴ DABONÉ (2012: 309).

⁴⁵ WALTER (2009: 3).

la libre determinación de los pueblos”.⁴⁶ Esto se complementa con el artículo 55 del mismo documento, el cual promueve la creación de las “condiciones de estabilidad y bienestar necesarias [...] basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos”.⁴⁷ Ninguna de estas disposiciones, sin embargo, identifican el sentido exacto del derecho a la libre determinación ni cómo debe ejercerse. Noelle HIGGINS expresa en esta línea que debe equilibrarse con la soberanía del Estado prevista en el artículo 2.7, y con la prohibición del uso de la fuerza examinada a partir del 2.4 de la Carta.⁴⁸ Por lo pronto, a lo largo de los años ha sido complementada por diversas resoluciones de la Asamblea General de la ONU. En la Resolución 1514 (1960) sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales,⁴⁹ por ejemplo, este organismo tomó conciencia “de los crecientes conflictos que origina el hecho de negar la libertad a esos pueblos o de impedirlos, lo cual constituye una grave amenaza para la paz mundial”. A esta se le agregan otras que van desde la Resolución 2105 (1965) hasta la Resolución 3103 (1973), donde se proclamaba la legitimidad de las luchas que los pueblos bajo dominio colonial libraban por el ejercicio a su libre determinación. Asimismo, se expresaba que los territorios donde los MLN llevaran a cabo sus luchas no se encontrarían bajo la soberanía de sus oponentes. Se trataban, entonces, de regiones diferentes y separadas.

En la misma línea, el derecho a la libre determinación le otorga a estos GAOs un estatus internacional no comparable con individuos particulares por la mencionada “legitimación popular”, posibilitando el mantenimiento de un conflicto armado amparado en la legítima defensa contra la agresión, constituida en momentos de colonialismo, racismo u ocupación extranjera.⁵⁰ Los MLN son el caso en el que la confluencia del *ius in bello* y del *ius ad bellum* es plenamente aceptada, reconociendo que los motivos de un conflicto armado pueden modificar su clasificación durante las hostilidades. Es decir, como expresa el Protocolo Adicional I, un grupo armado que represente a un pueblo puede, por medio de una declaración unilateral realizada por una autoridad competente, obligarse a respetar el DIH de los conflictos armados internacionales.⁵¹

Esta representación funciona precisamente como un elemento que no permite a otros grupos armados incorporarse dentro de la categoría jurídica de MLN. Para definirlos, el Comentario a los Protocolos Adicionales establece que

En el derecho internacional no existe una definición de qué constituye un pueblo; sólo existen instrumentos que enumeran los derechos reconocidos a todos los pueblos. Tampoco existe un criterio objetivo o infalible que permita reconocer a un grupo como pueblo: además de un territorio

⁴⁶ Artículo 1.2, Carta de las Naciones Unidas.

⁴⁷ Artículo 55, Carta de las Naciones Unidas.

⁴⁸ HIGGINS (2010: 61).

⁴⁹ Para un análisis de elementos doctrinarios con relación a la Resolución 1514, véase DE BRANDANBERE (2009: 66).

⁵⁰ KOLB (2009: 320).

⁵¹ Artículo 96.3, Protocolo Adicional I. Es menester remarcar que el Frente Polisario todavía existe, y de hecho presentó en junio de 2015 una declaración unilateral en nombre del pueblo de Sahara Occidental, comprometiéndose a aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 en su conflicto contra Marruecos, la cual fue aceptada por el depositario. Disponible en: http://theirwords.org/media/transfer/doc/declarationofficielle_polisariofront_2015-f426d1a96a4465affd1f87e794374b06.pdf (último acceso: 25/07/2018).

definido, otros criterios podrían ser tenidos en cuenta tales como un lenguaje o una cultura común o vínculos étnicos.⁵²

[...]

El factor esencial es el sentimiento común de formar un pueblo, y la voluntad política de vivir juntos como tal. Ese sentimiento y esa voluntad [...] son generalmente destacados y reforzados por una historia común. Esto significa que simultáneamente hay un lazo entre las personas que pertenecen a dicho pueblo y que algo los separa de otros pueblos: hay un elemento común y un elemento distintivo.⁵³

Esto implica que no basta con que cualquier autoridad de un GAO efectúe la declaración,⁵⁴ pues el MLN tiene, en cierta medida, la representación de ese pueblo. Ahora bien, en lo que respecta al uso de la fuerza por parte de los MLN, su regulación ha permanecido fuera de los análisis doctrinarios. Cuando se tratan las otras dos excepciones a la prohibición internacional del uso de la fuerza, es decir, el ejercicio a la legítima defensa por parte de los Estados y la aplicación del artículo 42 de la Carta por parte del Consejo de Seguridad, la doctrina y la jurisprudencia han sido claras al determinar sus elementos constitutivos. A título de ejemplo, el artículo 51 de la Carta afirma que debe existir un ataque armado contra un Estado y la inmediata comunicación de cualquier acción al Consejo de Seguridad. La CIJ ha reconocido, además, que debe realizarse conforme a las condiciones de necesidad y proporcionalidad, en tanto forman parte del derecho internacional consuetudinario.⁵⁵ Ninguna de estas limitaciones, sin embargo, ha sido analizada a la luz del uso de la fuerza en ejercicio del derecho a la libre determinación. De hecho, cuando la doctrina analiza al *ius ad bellum* de los MLN, nunca lo hace en el marco de la proporcionalidad o necesidad, ni incluso sugiere la existencia del requisito de algún tipo de aviso al Consejo de Seguridad.

¿Qué implicancias tiene dicho escenario? La comunidad internacional parece haber otorgado una libertad amplia a los pueblos que luchaban contra un régimen racista, un dominio colonial o una ocupación extranjera, no limitando, en principio, su uso de la fuerza armada de forma alguna. WILSON explica, como lo hace el artículo 96.3 del Protocolo Adicional I, que una autoridad es necesaria para representar al pueblo en su lucha,⁵⁶ pero esto solo hace referencia a un criterio constitutivo del grupo, y no a cómo utiliza la fuerza armada. RAWLS ha afirmado que

[e] derecho a la independencia, e igualmente el derecho a la libre determinación, son válidos solamente dentro de ciertos límites, aún no especificados por el Derecho de los Pueblos para el caso general. Por lo tanto, ningún pueblo posee el derecho a la libre determinación, o a la

⁵² SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMAN (1987: 52, párrafo 102).

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ SANDOZ, SWINARSKI & ZIMMERMAN (1987: 1089, párrafo 3763).

⁵⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* del 8 de Julio de 1996, párrafo 41; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Plataformas petrolíferas (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*, sentencia del 6 de noviembre de 2004, párrafos 43, 51, 74 y 78; y, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, sentencia del 27 de junio de 1986, párrafo 147. Véase además CORTEN (2008: 705-736).

⁵⁶ WILSON (1990: 91-138).

secesión, a expensas de someter a otro pueblo. Tampoco puede un pueblo protestar su condena por la sociedad internacional cuando sus instituciones internas violan derechos humanos, o limitan el derecho de las minorías a vivir entre ellos. El derecho de un pueblo a la independencia y a la libre determinación no funciona como protección de dicha condena, ni siquiera de una intervención coercitiva por otros pueblos en casos graves.⁵⁷

La principal limitación en el uso de la fuerza durante el ejercicio del derecho a la libre determinación parece ocurrir, entonces, durante el conflicto, pero no en términos de *ius ad bellum*. Desde la visión de RAWLS, si a lo largo de las hostilidades se violan determinadas salvaguardas fundamentales, el derecho a la independencia y a la libre determinación excederían los límites que los hacen lícitos. A pesar de que esta doctrina no podría sino aplicarse con exclusividad a las guerras de liberación, no deja de ser una consagración de la noción referida al *ex factis ius oritur*, en tanto que el poder efectivo del actor no puede ser simplemente ignorado.⁵⁸ Con la constitución de los MLN como categoría jurídica capaz de utilizar la fuerza armada, la comunidad internacional parece haber realizado un desarrollo normativo ante un posible vacío legal, siendo su grado de legitimación legal distinto a la de otros tipos de GAOs. Mientras que los MLN han logrado importantes derechos de participación y de legitimidad en su lucha armada como resultado del clima geopolítico en el que surgieron,⁵⁹ otros grupos todavía no lo hacen. Aun con características diferentes, esto no los deja por fuera de la categoría general de grupo armado.

3. Hacia un nuevo paradigma: Obligaciones y subjetividades más allá del DIH

Este capítulo ha cubierto diferentes desafíos concernientes al lugar que los grupos armados organizados ocupan en el derecho internacional público, haciendo foco en aspectos relativos al *ius ad bellum*. Su complejidad, ciertamente, revela la necesidad de continuar profundizando el análisis de estos tópicos.

En la sección I se ha analizado la regulación actual en materia de *ius ad bellum* fundamentalmente desde una concepción centrada en el Estado. Diversas alternativas fueron sugeridas a fin de incorporar a los GAOs en el marco jurídico existente. De esta forma, se mencionaron los votos de los magistrados HIGGINS, SIMMA y KOOIJMANS en ciertos casos de la CIJ en los cuales se presentó la posibilidad de que un Estado utilice la legítima defensa bajo el artículo 51 de la Carta cuando el ataque provenga de un GAO. Si esto fuera así y, al ser lícita la respuesta estatal, se reconocería que dicho actor lo hace de forma ilícita lo que llevaría su relación a ser regulada por el DIP. Como se expuso, verlo de otra forma sería aplicar el derecho internacional sólo parcialmente al ataque por parte del Estado. Además, en la misma sección, se propuso como alternativa analizar la Carta de las Naciones Unidas como un instrumento vivo, intentando adecuarlo a las necesidades actuales en materia del uso de la fuerza, utilizada, en un mayor número de conflictos, por GAOs. En la sección II fue analizado el único supuesto en el cual un grupo armado tiene autorizado utilizar la fuerza en derecho internacional:

⁵⁷ RAWLS (1999: 38).

⁵⁸ BHUTA (2012: 70).

⁵⁹ BHUTA (2012: 70). Esto parece ser similar al análisis histórico de la construcción de la categoría de grupo armado, la cual previa a 1949 quedaba en manos de la jurisdicción interna de cada Estado.

los Movimientos de Liberación Nacional. De esta forma, fue propuesto que en lugar de observar este caso como una excepción al artículo 2.4, lo sea a una prohibición general que poseen los mencionados actores no estatales.

Se puede concluir que el derecho internacional regula de cierta forma el uso de la fuerza por los grupos armados organizados. Esto demuestra que la subjetividad limitada al DIH, inicialmente prevista en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, era un comportamiento cerrado que la comunidad de Estados, de forma implícita, ya ha comenzado a abrir. Es claro que las realidades actuales en nada se condicen con las redactadas luego de la Segunda Guerra Mundial, por lo que el DIP debe ser (re)adaptado, interpretado, entendido, y sobre todo, aplicado al mundo real en el que los conflictos armados se combaten con mayor frecuencia por grupos armados que por entidades gubernamentales.

Bibliografía

Instrumentos Internacionales

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, 26 de junio de 1945.

CARTA AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, 27 de julio de 1981.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1155 UNTS 331.

PROTOCOLO ADICIONAL I DE 1977 A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 16/99 sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, del 1 de octubre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cinco Pensionistas c. Perú*, sentencia del 28 de febrero de 2003.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Juan Carlos Abella c. Argentina*, Caso No. 11.137, Informe de Fondo del 18 de noviembre de 1997.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso concerniente a el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos* (Costa Rica c. Nicaragua), sentencia del 13 de julio de 2009.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso concerniente a las Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo c. Uganda), sentencia del 19 de diciembre de 2005.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso concerniente a las Plataformas petrolíferas* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), sentencia del 6 de noviembre de 2004.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, del 9 de julio de 2004.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre *la Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, del 8 de julio de 1996.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso concerniente a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 1986.
- CORTE SUPREMA DE ISRAEL, *Comité Público contra la Tortura en Israel v. Estado de Israel*, sentencia del 11 de diciembre de 2005.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA, *Fiscal c. Tadić*, Sala de Apelaciones, sentencia del 2 de octubre de 1995.

Bibliografía Crítica o Secundaria

- BELLAL, A. (2018) *The War Report 2017*, Geneva: Geneva Academy.
- BIANCHI, A. (2009) *Non-State Actors and International Law*, New York: Routledge.
- BHUTA, N. (2012) "The Role International Actors Other Than States Can Play in the New World Order" en CASSESE, A. (ed.) *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford: University Press.
- BUGNION, F. (2003) "Jus ad bellum, jus in bello and non-international armed conflicts", *Yearbook of International Humanitarian Law*, pp. 167-198.
- CASSESE, A. (2005) *International Law*, 2da ed., Oxford: University Press.
- CONDORELLI, L. (2003) "Conclusions" en FLAUSS, J-F. (dir.) *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruselas: Bruylant/Nemesis.
- CORTEN, O. (2008) *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris: Pedone.
- DABONE, Z. (2012) *Le Droit International Public Relative aux Groupes Armés Non Etatiques*, Ginebra: Schulthess/Universidad de Ginebra/L.G.D.J.
- DABONE, Z. (2011) "International law: armed groups in a state-centric system", *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, N° 882, pp. 395-424.
- DE BRANDANBERE, E. (2009) *Post-Conflict Administrations in International law, International Administration, Transitional Authority and Foreign Occupation in Theory and Practice*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- DUDAI, R. (2011) "Closing the gap: symbolic reparations and armed groups", *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, N° 883, pp. 783-806.
- FORTIN, K. (2017) *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford: University Press.
- GARDNER, A. (2011) *Democratic Governance and Non-State Actors*, Nueva York: Palgrave Macmillan.
- HENCKAERTS, J. M. & DOSWALD-BECK, L. (2005) *Customary International Law*, Vol. I, Cambridge: University Press.
- HIGGINS, N. (2010) *Regulating the Use of Force in Wars of National Liberation-The Need for a New Regime. A study of the South Moluccas and Aceh*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- HIGGINS, R. (1994) *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford: University Press.
- HIGGINS, R. (1991) "International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Vol. 230 (1991-V), pp. 9-341.
- KOLB, R. (2009) *Ius contra bellum. Le droit international relative au maintien de la paix*. Basilea/Bruselas: Helbing Lichtenhahn/Bruylant.

- KOOIJMANS, P. (1998) "The Security Council and Non-State Entities as Parties to Conflicts" en WELLENS, K. (ed.) *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- KOTLIK, M. y HEFFES, E. (2016) "Grupos armados desfragmentados: la relativización del DIH como régimen autónomo y la búsqueda de visiones alternativas" en BUIS, E.J. y LUTERSTEIN, N. M. (eds.) *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional*, Buenos Aires: Sempithidia, pp. 71- 91.
- MALARINO, E. (2010) "Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en AA.VV. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Berlín/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- MOIR, L. (2002) *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge: University Press.
- O'DONNELL, D. (2006) "International treaties against terrorism and the use of force during armed conflict and by armed forces", *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, N° 864, pp. 853- 868.
- OKIMOTO, K. (2011) *The Distinction and Relationship between Jus ad bellum and Jus in bello*, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- PICTET, J. ET AL. (1960) *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Vol. II, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- PORTMANN, R. (2010) *Legal Personality in International Law*, Cambridge: University Press.
- RAWLS, J. (1999) *The Law of Peoples with "The idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge/Londres: Harvard University Press.
- REYDAMS, L. (2006) "A la guerre comme à la guerre: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho humanitario y nuevos desafíos", *Revista del Comité Internacional de la Cruz Roja*, N° 864, pp. 1-32.
- 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. (2010) "Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law", *International Humanitarian Legal Studies*. N° 1, pp. 5- 51.
- SASSÒLI, M. (2007) "Jus ad bellum and jus 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. & PEJIĆ, J. (eds.) *International law and Armed Conflict: Exploring the Foutlines*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- SCHINDLER, D. & TOMAN, J. (1996) *Droit des Conflits Armés. Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Henry Dunant.
- WALTER, C. (2009) "Subjects of International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg & Oxford University Press—Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.
- WILSON, H. (1990) *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford: University Press.

Empresas militares y de seguridad privadas: ¿sujetos “de” o “al” derecho internacional? Un enfoque alternativo sobre la cuestión

Agostina N. Cichero y Emiliano A. Senes

The question would not be who acts, but rather whether the action in question is governed by international law or not. The focus consequently shifts from the international legal personality to what could be called an international law relationship.¹

Desde la segunda mitad del siglo XX, los Estados y las organizaciones internacionales han recurrido cada vez más a la contratación de empresas cuyo objeto es brindar servicios militares y/o de seguridad privada en operaciones bélicas, humanitarias y/o comerciales alrededor de todo el mundo.

Estas empresas militares y de seguridad privadas (en adelante, “EMSP”) intervienen en enfrentamientos, interactúan con civiles, fuerzas armadas estatales y/o grupos armados, y desarrollan tareas de distinta naturaleza en el marco de conflictos armados. Son personas jurídicas registradas según las leyes nacionales de los Estados en los cuales se establecen y tienen los derechos y obligaciones que dichos Estados les otorgan. Sin embargo, juegan un rol de importancia en el ámbito internacional en virtud del tipo de actividades en las cuales se desenvuelven, los actores con los que se relacionan y los intereses que afectan. Ante esto cabe preguntarse: ¿qué lugar ocupan estas entidades en el derecho internacional? ¿Nos encontramos ante entes nacionales de un Estado, cuyas actividades no están reguladas por (o sujetas “al”) derecho internacional? ¿O bien se trata de un nuevo sujeto “de” derecho internacional?

Este trabajo parte del supuesto de que la noción clásica de subjetividad internacional no refleja la dinámica real de las relaciones jurídicas internacionales actuales, ya que aquella se limita formalmente a identificar si una entidad determinada posee o no derechos y obligaciones internacionales excluyendo así a nuevos actores que, independientemente de que cumplan con este requisito, operan de forma relevante en ese ámbito. En consecuencia, el objetivo del presente capítulo es utilizar a las EMSP como caso de estudio para evidenciar las dificultades que dicha noción presenta a la hora de analizar los nuevos actores del derecho internacional.

En efecto, diversos fenómenos (tales como la globalización, el surgimiento de nuevos actores influyentes en las relaciones internacionales o la privatización de funciones estatales) hacen necesario reconsiderar el concepto de subjetividad. En razón de ello, el estudio de las EMSP –no obstante su carácter privado y, por ende, inicialmente ajeno al derecho internacional– resulta ejemplar para exponer las dificultades que conlleva la concepción tradicional de la subjetividad internacional que, al no tomar en cuenta a entidades relevantes en el escenario internacional, deja de ser útil a la disciplina.

¹ WALTER (2009: 7).

Un aspecto particularmente interesante de las EMSP como caso de estudio viene dado por la multiplicidad de ramas jurídicas que abarcan sus actividades (v.gr. derechos humanos –en adelante, “DDHH”–, el derecho internacional humanitario –en adelante, “DIH”– y/o el derecho internacional penal –en adelante, “DIP”–),² a lo relativamente reciente de su aparición, a su creciente utilización y a la atención que han suscitado en diversos ámbitos de la comunidad internacional.³

Para alcanzar el objetivo propuesto, en primer lugar, se reseñarán brevemente diversas posiciones doctrinarias sobre la subjetividad internacional; en segundo lugar, se describirán las normas internacionales que regulan las EMSP y se identificarán sus derechos y obligaciones; y, en tercer lugar, se analizará cómo se relacionan las EMSP con la noción de subjetividad a la luz de las posiciones o teorías expuestas.

1. La subjetividad en el derecho internacional: distintas concepciones

Según la concepción clásica de subjetividad internacional, es sujeto todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones bajo ese régimen jurídico,⁴ o dicho de otro modo, “aquél cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación”.⁵ También se ha mencionado que dichos entes han de poseer la capacidad de reclamar internacionalmente esos derechos⁶ y algunos autores señalan que los sujetos deben gozar de capacidad legisferante.⁷ A su vez, ha sido considerado que el reconocimiento por parte de la comunidad internacional puede jugar un rol fundamental en el otorgamiento de personalidad internacional.⁸

² En efecto, tradicionalmente este tema ha sido tratado casi de forma exclusiva desde la perspectiva estas ramas del derecho. Para una profundización de la misma, remitimos a los siguientes materiales: FRANCONI (2011); KINSEY (2006); COCKAYNE (2006); CLAPHAM (2006); GILLARD (2006); CAMERON (2006); FALLAH (2006); PERRIN (2006); COTTIER (2006); MONGELARD (2006); SCHMITT (2005); KEES (2011); FAITE (2008); ORTIZ (2010); HOPPE (2008); LEHNARDT (2008); FRANCONI (2008); BURMESTER (1978); NJORKY JONES (2005).

³ El ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, expresó en 1998 que había considerado la posibilidad de recurrir a los servicios de las EMSP para separar a los refugiados de los combatientes en los campos de refugiados de Goma, en Ruanda, pero consideró que “el mundo podría no estar listo para privatizar la paz”. Véase “The Secretary-General reflects on ‘intervention’ in thirty-fifth annual Ditchley Foundation Lecture”, SG/SM/6613, 26 de junio de 1998, punto 8.

⁴ BROWNLIE (2003: 57); ARMAS PFIRTER, BARBERIS Y QUEROL (1998: 20); CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* (en adelante: “OC Reparación”) del 11 de Abril de 1949, p. 9.

⁵ ARMAS PFIRTER, BARBERIS Y QUEROL (1998: 21); VERDROSS (1955: 174).

⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, OC *Reparación*, p. 9; BROWNLIE (2003: 57); SHAW (2008: 196). En contra de esta posición: CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Caso Peter Pazmany University*, Series A/B, N° 61, sentencia del 15 de diciembre de 1933, p. 231 (“the capacity to possess...rights does not necessarily imply the capacity to exercise those rights oneself”).

⁷ Ver PORTMAN (2010: 8); BROWNLIE (2003: 57). En contra de esta posición: VERDROSS (1955: 175).

⁸ La CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA opinó que “(...) cincuenta Estados, representando a la vasta mayoría de los miembros de la comunidad internacional, tuvieron el poder, de conformidad con el derecho internacional, de crear una entidad con personalidad internacional objetiva, y no meramente una personalidad reconocida por ellos solos (...)”, dando así valor al reconocimiento de otros sujetos de derecho internacional por parte de los Estados. Cf. OC *Reparación*, p. 185. Ver también PORTMAN (2010: 80); SHAW (2008: 196-197, 261); WALTER (2009: 6).

Asimismo, existe acuerdo acerca de que no todos los sujetos de derecho internacional poseen las mismas capacidades.⁹ En este sentido, se clasifica a los sujetos según sean originarios o derivados, siendo los primeros los únicos con capacidad plena. Solo los Estados, entidades supremas y soberanas, pertenecen a la primera categoría,¹⁰ mientras que otros, al ser sujetos derivados de la voluntad de dichos Estados, poseen una capacidad limitada¹¹ de acuerdo a los derechos que les sean reconocidos por parte de aquellos sujetos originarios.¹²

Así, se aceptan generalmente como sujetos de derecho internacional a los Estados, las organizaciones internacionales, las comunidades beligerantes, la Santa Sede, la Soberana Orden de Malta, el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante “CICR”) y los individuos.¹³

Otros autores adscriben a una concepción formalista, según la cual la subjetividad es un concepto abierto, indefinido, para el que cualquiera puede calificar siempre y cuando una norma le atribuya derechos u obligaciones. Así, la subjetividad sería la consecuencia de una referencia normativa sobre determinada entidad, por lo que el carácter de sujeto no es preexistente sino que es adquirido *a posteriori*, producto de que una norma jurídica le asigna derechos u obligaciones. Las consecuencias de ser sujeto para esta concepción no serían otras que las determinadas en la norma jurídica que les otorga esos derechos y obligaciones; es decir que la subjetividad no otorgaría atribuciones adicionales a las entidades que la posean, sino que su capacidad de actuar estará limitada a las prerrogativas o deberes dictados por la ley.¹⁴

Finalmente, como respuesta a la complejidad de las relaciones internacionales y la variedad de actores que participan en ellas, algunos autores rechazan la concepción dicotómica de objeto-sujeto y proponen en cambio una valoración de los actores con base en su participación en el plano internacional,¹⁵ partiendo del supuesto de que el derecho internacional no sería un sistema normativo sino un proceso de toma de decisiones¹⁶ por aquellos con autoridad para hacerlo. Así, al no concebir una noción formalmente restringida de “sujeto”, desde esta postura toma relevancia la influencia que puedan ejercer distintos participantes a la hora de “moldear” las normas que luego serán vinculantes para el resto de los actores. Como indica HIGGINS, en este proceso

“...hay una variedad de participantes, haciendo reclamos a través de los Estados, con el objeto de maximizar varios valores. Sobre esos reclamos se harán determinaciones por parte de aquellos autorizados a tomar decisiones - Asesores Jurídicos del Servicio Exterior, tribunales arbitrales, cortes”.¹⁷

De esta manera, y siendo que la participación no depende de normas o actos de reconocimiento formales, se torna necesario identificar aquellos ámbitos donde las

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, OC *Reparación*, p. 8; ARMAS PFIRTER, BARBERIS y QUEROL (1998: 22); SHAW (2008: 260); WALTER (2009: 6).

¹⁰ CASSESE (2005: 71).

¹¹ CASSESE (2005: 72).

¹² PORTMAN (2010: 80).

¹³ GUTIERREZ POSSE, MONCAYO y VINUESA (1977: 16); BARBOZA (2003: 156-163).

¹⁴ PORTMAN (2010: 173); KELSEN (1932: 141).

¹⁵ HIGGINS (1991: 80); JESSUP (1947: 384); COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “First Report on Diplomatic Protection”, 7 de marzo y 20 de abril de 2000, UN Doc. A/CN.4/506, párr. 24.

¹⁶ HIGGINS (1991: 81); PORTMAN (2010: 211).

¹⁷ HIGGINS (1991: 81).

decisiones son tomadas para así poder establecer quiénes participan o influyen sobre ellas.¹⁸

2. Regulación internacional de las EMSP

Actualmente no existen instrumentos internacionales en vigor que regulen la utilización de las EMSP. Sin embargo, se han realizado esfuerzos en este sentido por parte de distintas entidades a nivel internacional.

En primer lugar, como resultado de una iniciativa conjunta del Gobierno de Suiza y del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, “CICR”), surgió el Documento de Montreux (en adelante, el “Documento”),¹⁹ el cual tiene como objeto “... recordar las obligaciones jurídicas y recomendar buenas prácticas en caso de que se haya tomado la decisión de contratar (...) empresas [privadas militares y de seguridad]”. Si bien se aclara expresamente que el documento no es vinculante, la iniciativa merece atención porque implica un avance de parte de la comunidad internacional en miras a establecer un marco normativo del fenómeno.

El Documento define a las EMSP indicando que

“... como quiera que se describan a sí mismas, son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad. Los servicios militares y/o de seguridad incluyen, en particular, los servicios de guardia armada y de protección de personas y objetos, como convoyes, edificios y otros lugares; el mantenimiento y la explotación de sistemas armamentísticos; la custodia de prisioneros; y el asesoramiento o la capacitación de las fuerzas y el personal de seguridad locales”.²⁰

Con relación a ellas, señala que “tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario o las normas de derechos humanos que les impone el derecho nacional aplicable (...)”.²¹ Asimismo, se indica que “[e]l estatuto de los miembros del personal de las EMSP está determinado por el derecho internacional humanitario (...)”.²²

A su vez,

“[l]os miembros del personal de las EMSP: a) tienen la obligación, independientemente de su estatuto, de respetar el derecho internacional humanitario aplicable; b) están protegidos como civiles con arreglo al derecho internacional humanitario (...) [a menos que pierdan esa protección con arreglo a dicho régimen]; c) tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra en los conflictos armados internacionales en caso de que se trate de personas que acompañan a las fuerzas armadas (...); d) deben respetar, en la medida en que ejerzan prerrogativas de la autoridad pública, las obligaciones

¹⁸ PORTMAN (2010: 212).

¹⁹ CICR, *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, marzo de 2011.

²⁰ Documento, Prefacio.

²¹ *Ídem*, punto 22.

²² *Ídem*, punto 24.

del Estado en virtud de las normas internacionales de derechos humanos; e) pueden ser enjuiciados si cometen actos tipificados como delitos por el derecho nacional aplicable o el derecho internacional”.²³

Adicionalmente, se establece la responsabilidad de los directores y/o administradores de las EMSP por delitos contra el derecho internacional cometidos por miembros del personal de las mismas, que se encuentren bajo su autoridad y control efectivo, en tanto no hayan ejercido el control necesario.²⁴

Asimismo, el Documento establece las obligaciones de los Estados –a los que clasifica en contratantes (de las EMSP), territoriales (donde estas EMSP funcionan) y de origen (aquellos en donde están registradas estas empresas)– las que, en general, implican evitar –en la medida que esté en su poder– las violaciones al DIH o a los DDHH, adoptar medidas legislativas para tal fin, investigar violaciones, garantizar procesos judiciales efectivos para las víctimas, cooperar en la entrega de acusados, entre otras, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Por otro lado, la ya extinta Comisión de Derechos Humanos había nombrado un Relator Especial en relación con la preocupación suscitada a nivel internacional por la existencia y utilización de mercenarios en los conflictos armados como modo de violar los derechos humanos.²⁵ Este Relator Especial fue luego reemplazado por un Grupo de Trabajo,²⁶ el cual ha indicado que muchas de las actividades llevadas a cabo por las EMSP son manifestaciones de nuevas formas de mercenarismo.²⁷

Dicho Grupo ha redactado un “Proyecto de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos”²⁸ (en adelante, el “Proyecto”). Este Proyecto establece obligaciones para los Estados a la hora de contratar EMSP con el fin de lograr la máxima protección de los DDHH, pero no impone sobre ellas obligaciones directas. Sin embargo, reconoce en su preámbulo

“que la responsabilidad por las violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos puede imputarse no sólo a los

²³ *Ídem*, punto 26.

²⁴ *Ídem*, punto 27.

²⁵ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “The use of mercenaries as a means of impeding the exercise of the right of peoples to self-determination”, UN Doc E/CN.4/RES/1987/16, 9 de marzo de 1987.

²⁶ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “The Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-determination”, UN Doc E/CN.4/RES/2005/2, 7 de abril de 2005.

²⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination”, UN Doc A/62/301, 24 de agosto de 2007. Sin embargo, podrían establecerse algunas diferencias entre el mercenarismo “tradicional” y las EMSP: éstas son, en definitiva, empresas, por lo cual requieren autorización por parte del Estado para funcionar como tales, poseen una estructura corporativa y una imagen comercial, además de existir una relación contractual entre las partes; ello puede llevar a que muchos Estados u organizaciones internacionales condenen el uso de mercenarios pero acepten o utilicen a las EMSP.

²⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”, A/HRC/15/25, 5 de julio de 2010 (en adelante, “Informe del Grupo de Trabajo”).

Estados sino también a las organizaciones intergubernamentales y agentes no estatales, incluidas las empresas militares y de seguridad privadas (...).²⁹

Esta disposición es concordante con lo establecido por la antigua Comisión de Derechos Humanos en su Comentario sobre “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, donde refiere que

“[L]as empresas transnacionales y otras empresas comerciales que producen o proporcionan productos y servicios militares, de seguridad o de policía adoptarán medidas estrictas para impedir que esos productos y servicios se utilicen para cometer violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario y utilizar a este respecto las prácticas óptimas que vayan adoptándose”.³⁰

Así, y en consonancia con lo dispuesto en el Documento, al referirse a la responsabilidad penal el Proyecto señala que:

“[L]os superiores jerárquicos del personal de las EMSP [directores y administradores] podrán ser considerados responsables de los delitos contra el derecho internacional cometidos por los miembros del personal de las EMSP que estén bajo su autoridad y control efectivos cuando no hayan ejercido sobre ellos el control necesario, de conformidad con las normas del derecho internacional”.³¹

Cabe aclarar respecto del DIH que el estatus del personal de las EMSP variará de acuerdo a las funciones que cumpla. Si sus miembros fueran incorporados como parte de las fuerzas armadas,³² serán considerados combatientes y tendrán derecho a participar en las hostilidades y a ser considerados prisioneros de guerra (a menos que califiquen como mercenarios).³³ De lo contrario serán considerados civiles, por lo que podrán ser juzgados por sus acciones en tanto constituyan violaciones del DIH o del derecho interno del Estado en el que cometan los ilícitos; asimismo, no serán blancos legítimos de ataques, salvo que participen en las hostilidades y mientras dure tal participación.³⁴ En caso de que sean considerados personas que siguen a las fuerzas

²⁹ Informe del Grupo de Trabajo, pp. 20- 21.

³⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, 26 de agosto de 2003, p. 6.

³¹ Informe del Grupo de Trabajo, artículo 7.3.

³² Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (III Convenio), 75 UNTS 135, art. 4.A.1. Dicha incorporación sería una cuestión de legislación interna de cada Estado.

³³ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 3, art. 47.

³⁴ Protocolo I, art. 51.3. El CICR indica que “hostilidades” se refiere al recurso (colectivo) por las partes en conflicto a medios y métodos de causar daño al enemigo [y] (...) ‘participación’ (...) se refiere a la implicación (individual) de una persona en esas hostilidades”, CICR, *Guía para interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, 2010, p. 43. Asimismo, para que exista participación directa, deben reunirse tres requisitos acumulativos: 1. debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones o la capacidad militar de una parte en el conflicto, o que cause daños a personas o bienes protegidos (umbral de daño); 2. “debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar” del mismo (causalidad directa);

armadas sin ser parte integrante de ellas, a condición de haber recibido autorización, serán considerados civiles a los cuales se les dará el trato de prisioneros de guerra.³⁵

Como conclusión de este apartado, puede decirse que los documentos referidos a la cuestión señalan la necesidad de imponer el respeto del DIH por parte de las EMSP en casos de conflicto de armado, y de los DDHH en general, a la hora de llevar a cabo las funciones para las cuales fueron contratadas, a la vez que establecer la responsabilidad individual o corporativa por la violación de normas de esos regímenes jurídicos. De esta forma, queda claro que los miembros de las EMSP estarán sujetos a los principios y normas aplicables del DIH en tanto dure su participación en el conflicto armado, por ejemplo, en relación con el tratamiento de civiles y personas enfermas o que estén fuera de combate, utilización de determinadas armas, goce y respeto de garantías, etc. Esto puede resultar útil a la hora de evaluar otras concepciones de subjetividad, de acuerdo a la hipótesis planteada.

3. Las EMSP a la luz de la teoría clásica de la subjetividad internacional

Hemos establecido que las EMSP han sido objeto de diversos intentos de regulación que, si bien no les conferirían derechos, parecerían ciertamente atribuirles obligaciones. Frente a esto, resulta necesario responder las siguientes preguntas: (i) estas obligaciones ¿son conferidas *directamente* a las EMSP en tanto sujeto de derecho internacional, o bien son obligaciones que derivan del hecho de ser nacionales de algún Estado que las ha contraído previamente? (ii) asimismo, ¿qué grado de regulación internacional es necesario para considerar a un ente como sujeto de derecho internacional? ¿alcanza con que dicho ente tenga sólo obligaciones, o es necesario que también goce de derechos? (iii) finalmente, ¿podemos considerar que los intentos de regulación en la materia son suficientes para construir una costumbre internacional con respecto a los deberes y obligaciones de las EMSP y, por ende, otorgarles una cierta subjetividad?

Con respecto a la primera pregunta, parecería ser que las obligaciones a las cuales están sujetas las EMSP no son de carácter *directo*, sino que apuntan a los Estados (contratantes, territoriales o de origen), siendo el hecho de estar sujetas al imperio de la ley de cualquiera de ellos lo que las obliga (indirectamente) a cumplir con la norma internacional. Tanto el Documento como el Proyecto de Convención parecen referirse a las EMSP como *objetos* y no como *sujetos* de sus disposiciones.³⁶

3. “el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante)”, *idem*, p. 46.

³⁵Esto surge del juego de los artículos 50 del Protocolo Adicional I y 4 del III Convenio. Véase CAMERON (2006: 593). Se ha sugerido que la categoría de “personas que siguen a las fuerzas armadas” no sería aplicable al personal de las EMSP, dado que el artículo, al referirse a “proveedores” (*supply contractors*), excluiría funciones coercitivas. Véase HOPPE (2008: 1007).

³⁶Ver, por ej., Documento, punto 8 (“[q]ue, aunque el presente documento está dirigido a los Estados, las buenas prácticas que figuran en él también pueden resultar útiles para otras entidades, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y las empresas que contratan a EMSP, así como para las propias EMSP”); artículo A.3 (“[l]os Estados contratantes están obligados, en la medida en que esté en su poder, a hacer que las EMSP a las que contraten respeten el derecho internacional humanitario”); artículo E.23 (“[l]as EMSP tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario o las normas de derechos humanos que les impone el derecho nacional aplicable”); Proyecto, artículo 7.1 (“[c]ada Estado parte adoptará las medidas legislativas, judiciales,

Incluso si tomamos los derechos y/u obligaciones que el personal de las EMSP posee en materia de DIH o DDHH, consideramos que sería desacertado concluir que las normas de esos regímenes jurídicos prevén *directamente* su conducta como empleados de tales empresas sino que se refieren, de un modo genérico, a individuos (o eventualmente a corporaciones que los empleen, como responsables objetivos).

Con respecto al segundo interrogante, si bien la mayoría de los autores define a los sujetos como entes que poseen tanto derechos como obligaciones,³⁷ el principio establecido por la Corte Internacional de Justicia, (en adelante, “CIJ”) en la Opinión Consultiva sobre *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*, ya citada, según el cual no todos los sujetos son idénticos ni tienen las mismas capacidades,³⁸ permitiría considerar que alcanza con tener solamente derechos o solamente obligaciones para poder ser considerado un sujeto de derecho internacional. Esta conclusión es respaldada por parte de la doctrina,³⁹ en la que se enrolan autores que consideran suficiente el hecho de que un ente tenga un solo derecho o una sola obligación en el plano internacional para que se le atribuya personalidad jurídica.⁴⁰

Finalmente, con relación a la tercera pregunta, debemos recordar que ninguno de los documentos mencionados posee carácter vinculante,⁴¹ por lo cual no generan obligación alguna. Tampoco existe práctica estatal suficiente para considerar que existan obligaciones consuetudinarias y, en todo caso, dicha práctica es demasiado reciente y desigual como para cumplir con los requisitos de constancia y uniformidad que son necesarios para conformar una costumbre internacional.⁴²

En conclusión, considerando la imposibilidad de concluir que las EMSP tengan derechos u obligaciones que les sean *directamente* atribuidos por normas vinculantes del derecho internacional, debemos inferir que no cumplen con los requisitos que impone una noción clásica de subjetividad.

4. Hacia una concepción alternativa de subjetividad internacional: las EMSP como actores influyentes en el proceso de toma de decisiones

En el apartado anterior analizamos los elementos básicos de la noción clásica de subjetividad y arribamos a la conclusión de que las EMSP no cumplen con los parámetros establecidos para la atribución de personalidad. No obstante esto, de acuerdo a lo planteado al inicio de este trabajo, esta noción no resulta útil para pensar el

administrativas y de otro tipo que sean necesarias para asegurar que las EMSP y su personal sean responsables de conformidad con la presente Convención y que se respeten y protejan las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”).

³⁷ Ver Apartado I.

³⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, OC *Reparación*, p. 8.

³⁹ VERDROSS (1957: 175); BROWNLIE (2003: 57).

⁴⁰ ARMAS PFIRTER, BARBERIS y QUEROL (1998: 19-20).

⁴¹ En efecto, el Prefacio del Documento (punto 3) establece que “el presente documento no es un instrumento jurídicamente vinculante ni afecta a las obligaciones vigentes de los Estados con arreglo al derecho internacional consuetudinario o a los acuerdos internacionales en los que son partes, en particular a sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas”.

⁴² Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso relativo al derecho de asilo* (Colombia c. Perú), sentencia de 20 de noviembre de 1950, p. 276; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania c. Países Bajos), sentencia del 20 de febrero de 1969, párrafo. 74, p. 43; SHAW (2008: 276).

derecho internacional en la actualidad. En este sentido, ALSTON afirma que la aspiración del régimen internacional de los derechos humanos se verá seriamente comprometida en los años venideros si no se llega a establecer un marco más efectivo que el existente para tomar en cuenta adecuadamente los roles desempeñados por algunos actores no estatales.⁴³

Y es que un método rígido de identificación de sujetos en derecho internacional puede ignorar (u ocultar) a los actores relevantes detrás del proceso de toma de decisiones, generando así una apariencia que no se condice con la amplitud de participantes que son afectados, directa o indirectamente, por el derecho internacional en la actualidad.⁴⁴ Algunos autores han sostenido que esta rigidez derivada de la dicotomía sujeto-objeto que marginaliza a ciertos actores sería intencional en tanto consolida una visión estadocéntrica del derecho internacional.⁴⁵

De acuerdo a lo analizado en relación con las EMSP, los mismos “organismos autorizados” en el proceso de creación del derecho internacional (v.gr., el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el CICR y diversos Estados) han identificado estas empresas como actores de relevancia en el plano internacional, especialmente en materia de DIH y DDHH, muestra de lo cual son los documentos descriptos.⁴⁶

El problema fundamental que presentan las EMSP no es menor dado que sus tareas involucran, en muchos casos, funciones inherentes a los Estados, como ser la conducción de hostilidades o la custodia de prisioneros.⁴⁷ De este modo, su injerencia en el plano de las relaciones internacionales les otorga cierta relevancia como entidades influyentes en el proceso de creación de normas del derecho internacional, aun si las consideráramos sujetos exclusivamente pasivos de dichas normas. El encuadre de las EMSP como actor internacional con arreglo a este nuevo enfoque apunta entonces a “reconocer” dicha relevancia.

⁴³ ALSTON (2005: 6).

⁴⁴ Un ejemplo de esto es el caso del CICR. El mismo comenzó como una asociación de carácter privado bajo el derecho suizo. Debido a su participación en el proceso de fomento a la creación, cumplimiento y difusión de las normas de DIH, fue reconocida por la comunidad internacional como un sujeto de derecho internacional, no obstante su carácter originalmente *iusprivatista*. VERDROSS (1955: 176); SHAW (2008: 261).

⁴⁵ En efecto, ALSTON afirma que “this insistence upon defining all actors in terms of what they are not combines impeccable purism in terms of traditional international legal analysis with an unparalleled capacity to marginalize a significant part of the international human rights regime from the most vital challenges confronting global governance at the dawn of the twenty-first century. In essence, these negative, euphemistic terms do not stem from language inadequacies but instead have been intentionally adopted in order to reinforce the assumption that the state is not only the central actor, but also the indispensable and pivotal one around which all other entities revolve. Accordingly, for the purposes of international legal discourse –the language of human rights– those other entities can only be identified in terms of their relationship to the state”. Cf. ALSTON (2005: 3- 4).

⁴⁶ El Informe del Grupo de Trabajo afirma que “[a] juicio del Grupo de Trabajo, los servicios prestados por las EMSP no deberían considerarse productos comerciales normales que puedan reglamentarse por medio de iniciativas de autorregulación. Los servicios que prestan las EMSP son sumamente específicos y peligrosos, y conllevan el comercio con una amplia gama de servicios militares y de seguridad que exigen la formulación de normas y mecanismos de supervisión internacionales” (párrafo 37, pp. 10-11).

⁴⁷ En efecto, el Proyecto de Convención identifica esta circunstancia como uno de los motivos que dan lugar a la necesidad de la adopción de una convención relativa a las EMSP: “Preocupados por el aumento de la delegación o contratación externa de funciones inherentes a los Estados, que mina la capacidad del Estado para retener el monopolio del uso legítimo de la fuerza...”, Informe del Grupo de Trabajo, Preámbulo, p. 20.

Cabe mencionar aquí que el término “reconocer” se encuentra entrecomillado para diferenciarlo del clásico reconocimiento (o, digamos, reconocimiento *stricto sensu*), el cual implica una declaración formal por parte de uno o varios Estados o entidades “autorizadas” en la que se enuncia la voluntad de considerar a determinado ente como sujeto de derecho internacional. De este modo, intentamos establecer que el término “reconocimiento” debe ser interpretado más ampliamente para abarcar todas aquellas acciones de la comunidad internacional (en su totalidad o por partes de ella) que importan identificar, individualizar, definir y regular actores o fenómenos que pueden afectar o verse afectados por el derecho internacional (por ejemplo, creación de comisiones especiales o grupos de trabajo, redacción de proyectos de convenio, dictado de normas de *soft law*, etc.) y que apunten a tenerlos en consideración, dada su relevancia, en el desarrollo del proceso de toma de decisiones descripto. Este sería, a nuestro entender, el verdadero significado del “reconocimiento” bajo esta perspectiva alternativa.

Ahora bien, ¿por qué consideramos importante reconocer a las EMSP como actores influyentes en el plano de las relaciones internacionales? O mejor dicho, ¿qué implicancias tendría dejarlas fuera del análisis sobre su impacto en los procesos de creación normativa internacional? El ejemplo de la utilización de EMSP en Irak es ilustrativo en este aspecto. Allí, estas empresas cumplían funciones de logística, entrenamiento de fuerzas locales, protección de instalaciones, escolta de convoyes y custodia de prisioneros. Muchas de estas funciones son, como ya se ha mencionado, atribuciones propias del Estado, por lo que por su propia naturaleza les brinda a estas entidades un gran poder sobre los derechos de los individuos.⁴⁸ El resonante caso de las torturas a prisioneros de la cárcel de Abu Ghraib es un significativo ejemplo de ese poder.

Cabe recordar en este punto al Tribunal Militar Internacional de Nüremberg en cuanto estableció que, no obstante la teoría según la cual el derecho internacional se ocupa de las acciones de los Estados soberanos, los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solamente castigando a los individuos que cometen dichos crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional.⁴⁹ Si bien este fallo hace referencia al individuo, el mismo razonamiento puede utilizarse para analizar el caso de las EMSP. Son estas empresas y/o su personal quienes pueden llevar a cabo actos contrarios al derecho internacional, y por tanto deben ser responsables de ellos, independientemente de la responsabilidad que puedan tener, por su parte, los Estados.

5. Conclusión

⁴⁸ ALSTON (2005: 9-10). Asimismo, los contratistas que operan en ese país gozan de inmunidad desde el año 2004, de modo que es una atribución facultativa de los Estados Unidos (Estado en el cual están registradas las EMSP que se encuentran operando en Irak) perseguir las violaciones al DIH y los derechos humanos en que estos incurrir. Sin embargo, tras las violaciones a los derechos humanos ocurridas en la prisión de Abu Ghraib, el Departamento de Justicia no avanzó en la persecución de los crímenes allí cometidos. Ver HUMAN RIGHTS FIRST, “Private Security Contractors at War. Ending the Culture of Impunity”, 2008, p. 15. Disponible en <http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/08115-usls-pse-final.pdf> (último acceso el 5 de marzo de 2013).

⁴⁹ TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NURMEMBERG, *Goering et al.*, Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 22, p. 465, sentencia del 1 de octubre de 1946.

La cita que da comienzo al presente artículo propone modificar el enfoque que el derecho internacional le otorga a las relaciones entre los entes que conforman la sociedad internacional. Según WALTER, no es relevante quién actúa sino qué gobierna el acto. En definitiva, el doctrinario propone apartarse de la noción de subjetividad y enfocarse en las relaciones de derecho internacional, es decir, en aquellas relaciones ente actores cuya regulación le compete al derecho internacional.

Consideramos en este mismo sentido que la noción de subjetividad debe ser repensada para que el derecho internacional tenga la flexibilidad suficiente para adaptarse a las cambiantes necesidades del mundo y no que, por el contrario, sea la realidad la que deba adaptarse a un modelo teórico rígido y, por lo tanto, de escasa utilidad.

Es indudable que la utilización de EMSP por parte de los Estados y organizaciones internacionales va en crecimiento y, a nuestro parecer, será la regla –y no la excepción– en los conflictos o intervenciones armadas del futuro. Ignorar a un actor de semejante importancia podría implicar graves consecuencias para el respeto de los DDHH y del DIH, sobre todo debido a los vacíos en términos de responsabilidad que la concepción clásica genera.

A modo de ejemplo, como ya se ha mencionado, la aceptación de un ente de carácter esencialmente *iusprivatista* como actor relevante en el derecho internacional encuentra antecedente en el reconocimiento del CICR como sujeto de derecho en virtud de su participación e influencia en la difusión, creación y cumplimiento del DIH. Sin ser nuestra intención poner en un plano de igualdad a ambas entidades, resulta interesante establecer un paralelismo entre la situación inicial de persona de existencia ideal registrada bajo el derecho nacional de un Estado y la influencia de sus actividades a la hora del otorgamiento, por parte de la comunidad internacional, de un “reconocimiento” (en el sentido explicado más arriba) como actor influyente en el derecho internacional.

De esta forma, no sería relevante que las EMSP fueran consideradas sujetos “de”, pero sí que estuvieran sujetas “al”, derecho internacional.

Bibliografía

Documentos Internacionales

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination”, UN Doc A/62/301, 24 de agosto de 2007.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “The use of mercenaries as a means of impeding the exercise of the right of peoples to self-determination”, UN Doc E/CN.4/RES/1987/16, 9 de marzo de 1987.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “The Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-determination”, UN Doc E/CN.4/RES/2005/2, 7 de abril de 2005.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “First Report on Diplomatic Protection”, 7 de marzo y 20 de abril de 2000, UN Doc. A/CN.4/506.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949”, 75 UNTS 135.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”, 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 3.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados”, 17 de septiembre de 2008.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Guía para interpretar la noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario”, 2010.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”, A/HRC/15/25, 5 de julio de 2010.
- Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (III Convenio), 75 UNTS 135.
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 10 de junio de 1977, 1125 UNTS 3.

Jurisprudencia

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* del 11 de Abril de 1949.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso relativo al derecho de asilo* (Colombia c. Perú), sentencia del 20 de noviembre de 1950.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso de la plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania c. Países Bajos), sentencia del 20 de Febrero de 1969.
- CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, *Caso Peter Pazmany University*, Series A/B, N° 61, sentencia de 15 de diciembre de 1933.
- TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL, *In re Goering et al*, Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 22, sentencia de 1 de octubre de 1946.

Bibliografía Crítica o Secundaria

- ALSTON, P. (2005) *Non-State Actors and Human Rights*, Nueva York: Oxford University Press.
- ARMAS PFIRTER, F., BARBERIS, J. Y QUEROL, M. (1998) *Sujetos del derecho de gentes*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- BROWNLIE, I. (2003) *Principles of Public International Law*, Oxford: University Press.
- BURMESTER, H. (1978) “The Recruitment and Use of Mercenaries in Armed Conflicts”, *American Journal of International Law*, Vol. 72, pp. 37-56.
- CAMERON, L. (2006) “Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation”, *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 573-598.
- CASSESE, A. (2005) *International Law*, Oxford: University Press.

- CLAPHAM, A. (2006) "Human rights obligations of non-state actors in conflict situations", *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 491-523.
- COCKAYNE, J. (2006) "The global reorganization of legitimate violence: military entrepreneurs and the private face of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 459-490.
- COTTIER, M. (2006) "Elements for contracting and regulating private security and military companies", *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 637-663.
- FALLAH, K. (2006) "Corporate actors: The legal status of mercenaries in armed conflict", *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 599-611.
- FAITE, A. (2008) "Involvement of Private Contractors in Armed Conflict: Implications under International Humanitarian Law", *Defence Studies*, Vol. 13, pp. 166-183.
- FRANCIONI, F. (2008) "Private Military Contractors and International Law: An Introduction", *European Journal of International Law*, Vol. 19, pp. 961-964.
- FRANCIONI, F. (2011) *War by Contract. Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Nueva York: Oxford University Press.
- GILLARD, E. (2006) "Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 525-572.
- GUTIÉRREZ POSSE, H, MONCAYO, G. Y VINUESA, R. (1977) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- HANSEN, J. (2012) "Rethinking the regulation of private military and security companies under international humanitarian law", *Fordham International Law Journal*. Vol. 35, pp. 698-736.
- HIGGINS, R. (1991) "International trade law and the avoidance, containment and resolution of disputes: general course on public international law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Vol. 230 (1991-V), pp. 9-341.
- HOPPE, C. (2008) "Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies", *European Journal of International Law*, Vol. 19, pp. 989-1014.
- HUMAN RIGHTS FIRST (2008), "Private Security Contractors at War. Ending the Culture of Impunity", p 15. Disponible en <http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/08115-usls-psc-final.pdf>
- JESSUP, P. (1947) "The Subjects of a Modern Law of Nations", *Michigan Law Review*, Vol. 45, pp. 383-408.
- KEES, A. (2011) "Regulation of Private Military Companies", *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, pp. 199-216.
- KELSEN, H. (1932) "Théorie Générale du Droit International Public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Vol. 42 (1932- IV), pp. 121-351.
- KINSEY, C. (2006) *Corporate Soldiers and International Security. The Rise of Private Military Companies*, Londres/Nueva York: Routledge.
- LEHNARDT, C. (2008) "Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law", *European Journal of International Law*, Vol. 19, pp. 1015-1034.
- MONGELARD, E. (2006) "Corporate civil liability for violations of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 665-691.
- NJORK, K. y JONES, R. (2005) "Overcoming Dilemmas Created by the 21st Century Mercenaries: Conceptualising the Use of Private Security Companies in Iraq", *Third World Quarterly*, Vol. 26, pp. 777-796.
- ORTIZ, C. (2010) *Private Armed Forces and Global Security. A Guide to the Issues*, Santa Bárbara: Praeger.
- PERRIN, B. (2006) "Promoting compliance of private security and military companies with international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, N° 863, pp. 613-636.
- PORTMAN, R. (2010) *Legal Personality in International Law*, Cambridge: University Press.

- SCHMITT, M. (2005) "Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, pp. 511-634.
- SHAW, M. (2008) *International Law*, Cambridge: University Press.
- VERDROSS, A. (1955) *Derecho Internacional Público*, (traducción de TRUYOL Y SERRA, A.) Madrid: Aguilar.
- WALTER, C. (2009) "Subjects of International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press.

Víctimas y perpetradores: Los derechos y obligaciones del individuo en el derecho internacional penal

*Natalia M. Luterstein*¹

El rol que juega el individuo en el derecho internacional y el consecuente alcance de su subjetividad han sido objeto de discusión en la doctrina, que ha sostenido posiciones disímiles que van desde la negación absoluta de su personalidad internacional² hasta considerarlo el eje y fundamento de este ordenamiento.³

Actualmente, la doctrina mayoritaria –que podría ubicarse en el centro de estas posiciones– surgió a partir de 1945 y reconoce⁴ la subjetividad internacional del individuo sobre la base del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, “DIDH”),⁵ junto con la creación de mecanismos de control de la aplicación de dichos instrumentos,⁶ y la existencia de obligaciones internacionales

¹Algunos conceptos de este trabajo relativos a las modalidades de participación de las víctimas en la Corte Penal Internacional han sido desarrollados en LUTERSTEIN, N. (2013) “El individuo en el Derecho Internacional Penal: las modalidades de participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional” GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T. (coord.) *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2012, Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Abeledo Perrot, pp. 469-494.

²Estas posturas sólo reconocen a los Estados como sujetos del derecho internacional público y fueron sostenidas por autores como TRIEPEL (1920), OPPENHEIM (1905) y ANZILOTTI (1929). Al respecto, ver PORTMANN (2010: 42-79).

³SCELLE (1932), por ejemplo, considera que el sujeto primario del derecho internacional es el individuo. Por su parte, LAUTERPACHT (1947) afirmaba que los derechos humanos fundamentales son superiores al derecho de los Estados soberanos, ambos citados en MCCORQUODALE (2006: 124). Ver también PORTMANN (2010: 126-172).

⁴Autores como PORTMANN han denominado esta postura como la “concepción del reconocimiento”, señalando que ésta sostiene que los Estados son los sujetos originarios o primarios del derecho internacional, pero que otras entidades también pueden adquirir esa naturaleza, llamándolos sujetos derivados o secundarios. El mecanismo para ello es el reconocimiento expreso o implícito de los Estados, PORTMANN (2010: 80-125).

⁵En este punto, cabe destacar que ya en su Opinión Consultiva sobre la competencia de los Tribunales de Danzig, la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció que un tratado –cuya materia no eran los derechos humanos– podía otorgar derechos a los individuos. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Opinión Consultiva sobre la *Competencia de los Tribunales de Danzig (Reclamos pecuniarios de los oficiales ferroviarios de Danzig transferidos al servicio polaco contra los la administración polaca de trenes)* del 3 de marzo de 1928, Serie B, nro. 15, pp. 17-18. Esto fue reafirmado luego en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso “LaGrand”, en la que reconoció que la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares de 1963, en su art. 36.1.b, referido al derecho a la información sobre la protección consular de las personas extranjeras detenidas en el Estado receptor, creaba derechos individuales. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, I. C. J. Reports 2001, p. 466, párrafo 77. Si bien la Convención de Relaciones Consulares tampoco es un instrumento de derechos humanos, cabe señalar que, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el artículo concierne a la protección de los derechos humanos, cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 87.

⁶BARBOZA (1999: 588-589); MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE (1997: 16); entre otros.

dirigidas a los individuos y la consecuente posibilidad de imputarle responsabilidad internacional por su violación sobre la base del desarrollo de otra rama: el derecho internacional penal (en adelante “DIPenal”).

Los últimos desarrollos de este ordenamiento han expandido el alcance de la subjetividad del individuo al otorgarle nuevas capacidades en el marco de los procesos penales internacionales, como por ejemplo la facultad de participar y de solicitar reparaciones por los daños sufridos por la comisión de crímenes internacionales,⁷ reparaciones que, en principio, no debe otorgar el Estado (como ocurre en el ámbito de los derechos humanos), sino el condenado. Nace de esta manera un vínculo individuo/perpetrador-individuo/víctima regido por el derecho internacional, que se aleja de las tradicionales relaciones inter-estadales y de las más modernas relaciones Estado-individuo. Pero, ¿cuál es la naturaleza de este nexo? ¿Se trata de un vínculo entre dos sujetos de derecho internacional? ¿Qué diferencias habría entre ésta y las relaciones entre los individuos y los Estados?

Varios autores han afirmado que, como resultado de estos desarrollos, el DIPenal ha puesto al individuo en el centro del ordenamiento internacional y ha contribuido al retroceso de la noción de soberanía.⁸ Sin embargo, al mismo tiempo se ha señalado que las normas internacionales que otorgan derechos y obligaciones a los individuos emanan de la voluntad concordante de los Estados, por lo que, en última instancia, la subjetividad de los individuos dependería de los primeros.⁹ De hecho, se ha dicho que el Estatuto de Roma –que creó la Corte Penal Internacional–, un tratado en el sentido clásico del término, impone obligaciones a los individuos, es decir, para terceros que no son parte de dicho instrumento.¹⁰

En este contexto, el objetivo de este trabajo es examinar el rol del individuo en el DIPenal y reflexionar acerca de la utilidad del concepto de subjetividad para describir cabalmente el lugar que ocupa el individuo en el derecho internacional actual.

1. El derecho internacional penal: una breve aproximación¹¹

A los fines de analizar el rol de los individuos en el DIPenal vale la pena recordar –aunque sea brevemente– los puntos más importantes de la evolución de esta rama del derecho internacional.

El DIPenal tuvo su mayor desarrollo durante la segunda mitad del siglo XX.¹² En 1946, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg sostuvo en su sentencia que:

⁷ El Estatuto de Roma también prevé el derecho de las víctimas [y testigos] a solicitar protección (artículos 68.1 y 68.2). Si bien existe vasta jurisprudencia de la Corte Penal Internacional relativa a la protección de las víctimas, por razones de extensión, esta cuestión no será analizada en el presente trabajo. Para mayor información, ver, *inter alia*, DONAT-CATTIN (1999B: 869- 888) y KNOOPS (2005: 198- 211).

⁸ SIMPSON (2007: 55).

⁹ PARLETT (2011: 360).

¹⁰ Al respecto, ver MILANOVIC (2011). De todas maneras, cabe preguntarse si se podría afirmar que el Estatuto de Roma, al tipificar los crímenes internacionales, crea respecto de los individuos la obligación de no cometerlos.

¹¹ Para más detalle sobre el desarrollo del derecho internacional penal ver, *inter alia*, CASSESE (2003); JORGENSEN (2000); MCGOLDRICK (2004: 9-46); y PARLETT (2011: 230-273), entre muchos otros.

¹² Algunos autores, como GREPPI (1999) y SCHWARZENBERGER ([1947] 2008), señalan antecedentes más remotos, como, por ejemplo, el juzgamiento en 1474 de Peter von Hagenbach, quien instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror a fin de reducir la población de Breisach al sometimiento

“[L]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo a través del castigo a los individuos se logrará el cumplimiento del derecho internacional”,¹³ reafirmando de esta manera que los individuos pueden tener responsabilidad en el ámbito internacional, lo que se encontraba cuestionado por la doctrina contemporánea. Es por ello que la mayoría de los autores señala al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg como el paso definitorio hacia el desarrollo y establecimiento de la responsabilidad individual internacional.¹⁴

Si bien el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (o Tribunal de Tokio) no fueron los primeros intentos de establecer responsabilidad internacional a los individuos por la violación de normas internacionales,¹⁵ representan la primera experiencia internacional moderna de atribución de responsabilidad a individuos efectivamente llevada a cabo.

Los procesos de Nuremberg y Tokio tuvieron gran influencia en el desarrollo posterior de la responsabilidad penal individual internacional. El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por voto unánime la Resolución 95(I),¹⁶ titulada "Confirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg". Después de haber "tomado nota" del Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y del Estatuto anexo al mismo (y de los documentos paralelos relativos al Tribunal de Tokio), la Asamblea General tomó adoptó medidas. La primera "confirmaba" los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y por la sentencia de dicho

total, a través de la comisión de homicidios, violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada. Una coalición formada por Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin puso fin al sitio de Breisach y, en vez de remitir el caso a un tribunal ordinario, se instauró una corte *ad hoc*, conformada por 28 jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades. En su calidad de soberano de la ciudad de Breisach, el Archiduque de Austria designó al juez que presidiría el tribunal. Al acusado se le formularon cargos por homicidio, violación, perjurio, y otros delitos, entre los que se incluía el impartir órdenes a sus mercenarios no germanos para que mataran a los hombres en las casas donde se alojaban para que las mujeres y los niños quedaran a su merced, *cf.* GREPPI (1999: 2). Para un análisis de este antecedente, ver PARLETT (2011: 232).

¹³TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, “*In re Goering el al.*”, Sentencia del 1 de octubre de 1946, p. 223 (traducción propia). Disponible en http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf (última visita: 14 de enero de 2014).

¹⁴Ver, por ejemplo, BIANCHI en CASSESE (2009: 17). En el mismo sentido, GUTIÉRREZ POSSE ha señalado que si bien “desde mediados del siglo XIX ciertos comportamientos de los individuos son considerados por los propios Estados como contrarios a la moral internacional (...) tal es el caso de la piratería o la trata de seres humanos”, “[l]a responsabilidad penal individual por violación de normas del ordenamiento jurídico internacional como principio general de derecho, de origen tanto convencional como consuetudinario, aceptado por la comunidad internacional, se percibe con absoluta claridad a partir de la adopción de los Estatutos de los Tribunales Militares de Nuremberg y Tokio y su ulterior inclusión en la Resolución aprobada en 1946 por la Asamblea General de las Naciones Unidas que consagró el principio de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal y su sentencia”. *Cf.* GUTIÉRREZ POSSE (2006: 57-58).

¹⁵El Tratado de Versalles preveía en sus artículos 227 a 229 la creación, por un lado, de un tribunal internacional formado por jueces designados por los Estados aliados vencedores para juzgar, al Kaiser Guillermo II por un “delito de suma gravedad contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados”, y, por el otro, de un tribunal especial para juzgar a los individuos responsables de “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra”, cometidos contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas.

¹⁶UN GA/RES/95(I), 11 de diciembre de 1946.

Tribunal. La segunda era el compromiso de codificar dichos principios, tarea encomendada a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, "CDI"), órgano subsidiario de la Asamblea General. En 1950, la CDI aprobó un informe sobre los "Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Nuremberg".¹⁷

Los Principios I y II sientan las bases del DIPenal actual en tanto rama del derecho internacional: toda persona que cometa un crimen de derecho internacional es responsable y puede ser sancionada, sin perjuicio de que esa conducta no sea considerada delictual en el derecho interno.

Si bien la CDI también había comenzado a trabajar en un proyecto de Código sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, éste fue suspendido en 1954.¹⁸ El proyecto fue retomado en 1989¹⁹ y finalmente, en 1994, la CDI adoptó un primer borrador de estatuto de un tribunal penal internacional permanente,²⁰ aunque no se llegó a un acuerdo definitivo sobre su contenido.

A comienzos de la década del '90, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia²¹ y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda,²² con el objeto de juzgar a los individuos acusados de haber cometido las más graves violaciones de derecho internacional humanitario.

En julio de 1998, una conferencia de plenipotenciarios representantes de Estados aprobó el llamado Estatuto de Roma (en adelante, "Estatuto"),²³ un tratado que creó un tribunal penal internacional permanente, la Corte Penal Internacional (en adelante, "CPI" o "Corte"), que entró en vigor en julio de 2002.

Como será explicado en el siguiente apartado, si bien en sus comienzos el rol de los individuos en el DIPenal se limitaba al de "acusado" por la comisión de crímenes internacionales, con la creación de la CPI, los individuos –en tanto víctimas de esos crímenes– pasaron a estar facultados para participar y solicitar reparaciones, modificando de esta manera el alcance tradicional de su capacidad en este ordenamiento.

2. El individuo en el derecho internacional penal.

¹⁷ Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la segunda sesión, 5 de junio -29 de julio de 1950, Doc.A/1316. El Principio I establece que "toda persona que cometa un acto que constituya un delito de derecho internacional, es responsable del mismo y está sujeta a sanción". El Principio II establece que tal puede ser el caso incluso si el derecho interno no considera que dicho acto constituya un delito. Los Principios III y IV estipulan que una persona que actúe en calidad de Jefe de Estado o de autoridad del Estado, o que actúe en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico, no serán por ello exoneradas de responsabilidad. Sin embargo, el Principio V del texto de la CDI modifica el enfoque: no se exime de responsabilidad al individuo "si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción". El Principio VI codifica las tres categorías de crímenes establecidas en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

¹⁸ Uno de los problemas principales era la falta de acuerdo con respecto a la definición del crimen de agresión. UN Doc. A/RES/897(IX), 4 de diciembre de 1954.

¹⁹ UN Doc. A/RES/44/39, 4 de diciembre de 1989.

²⁰ Informe de la CDI sobre el trabajo de su sesión nro. 46 (1994).

²¹ UN Doc. S/RES/808 (1993), 22 de febrero de 1993 y UN Doc. S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993.

²² UN Doc. S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994.

²³ 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. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

La definición clásica de la Corte Internacional de Justicia establece que sujeto es aquel titular de derechos y obligaciones y con capacidad para actuar en el plano internacional,²⁴ al tiempo que reconoce que no todos los sujetos de un sistema jurídico son iguales en su naturaleza y alcance de sus derechos, sino que ello depende de las necesidades de la comunidad.²⁵ El derecho internacional no contiene *a priori* ninguna característica intrínseca que impida que actores no estatales puedan ser considerados sujetos de este ordenamiento.²⁶

Como fuera reseñado, la posibilidad de que los individuos puedan ser considerados sujetos en la esfera internacional y, en consecuencia, destinatarios de normas internacionales, surgió con desarrollo del DIDH, junto con la creación de mecanismos de control de la aplicación de dichos instrumentos. Sin embargo, la posibilidad de determinar su responsabilidad internacional fue cuestionada en los comienzos del DIPenal.²⁷ No obstante, más allá de las distintas posturas al respecto, lo cierto es que en la actualidad existe un gran número de tribunales penales internacionales e internacionalizados²⁸ que, aplicando normas internacionales, investigan, juzgan y condenan a personas físicas por la comisión de crímenes internacionales. Existen entonces normas jurisdiccionales y sustantivas que regulan la responsabilidad internacional de los individuos. Se trata de los individuos en tanto perpetradores, autores de crímenes internacionales.

Así, conforme el esquema tradicional de la subjetividad que se le reconoce al individuo, éste es considerado beneficiario de derechos en el marco del DIDH,²⁹ junto con la creación de mecanismos de control de la aplicación de dichos instrumentos, y destinatario de obligaciones en el marco del DIPenal. Desde el establecimiento de los primeros tribunales penales internacionales, el rol del individuo ha sido siempre el de “acusado” de cometer una violación de una norma internacional y quien, en consecuencia, podía recibir una pena, generalmente privativa de su libertad.

Sin embargo, a la luz de los últimos desarrollos, la situación parece haberse complejizado. La subjetividad “tradicional” del individuo en el contexto del DIPenal en principio puede ser denominada como “activa”, haciendo referencia a quien comete el ilícito internacional.³⁰ ¿Podría pensarse entonces que la otra cara de la subjetividad del individuo es la pasiva, es decir, quien sufre el crimen cometido por el sujeto perpetrador? Asimismo, se han utilizado otros términos para describir la misma situación, como, por

²⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, p. 179.

²⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949, p. 178.

²⁶ CANÇADO TRINDADE (2011: 4).

²⁷ Al respecto, ver MILANOVIC (2011).

²⁸ Los llamados tribunales internacionalizados, mixtos o híbridos comenzaron a aparecer en la primera década de 2000 y, si bien son diferentes entre sí, todos presentan la característica común de tener elementos internacionales y elementos domésticos en su creación, funcionamiento o composición. Para mayor información, ver, entre otros, MARTINEAU (2007).

²⁹ MONCAYO, VINUESA, y GUTIERREZ POSSE (1997: 15).

³⁰ Cabe señalar que también se ha utilizado el término “pasivo” para referirse a los acusados, como destinatarios de las potenciales sanciones, *cf.* CANÇADO TRINDADE (2007). Sin embargo, se ha reconocido al mismo tiempo que decir que el acusado es un sujeto pasivo no refleja de manera suficiente una de sus características esenciales, ya que tuvo que haber llevado a cabo una conducta activa para cometer un crimen internacional o para contribuir a su comisión. VAURS CHAUMETTE (2009: 21-22).

ejemplo, sujeto víctima y sujeto responsable,³¹ sujeto demandante y sujeto defendido – que pareciera reducir demasiado la noción a cuestiones meramente procedimentales–,³² y sujeto deudor y sujeto acreedor –términos que generalmente se reservan para el derecho civil.³³

No obstante, como se explicará en el siguiente punto, el DIPenal actual prevé dos roles diferentes para los individuos que participan del proceso penal internacional: los individuos en tanto autores de crímenes internacionales y los individuos en tanto víctimas de esos crímenes. Estos roles diferentes implican, a su vez, capacidades distintas. ¿Puede decirse que tanto los individuos–autores como los individuos–víctimas son sujetos de DIPenal?

2.1. El rol de las víctimas en el procedimiento de los tribunales penales internacionales e internacionalizados *ad hoc* y la Corte Penal Internacional

La historia de los procesos penales internacionales, aunque relativamente corta y en pleno desarrollo, muestra que las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia internacional no han gozado de un rol preponderante en los procesos seguidos contra aquellos acusados de haberlos cometido. Quizás como consecuencia de una marcada influencia de los sistemas jurídicos anglosajones o del *common law*,³⁴ las víctimas han quedado relegadas al rol de testigos en el marco de un proceso bipartito entre el Fiscal y el acusado, en el cual el juez actúa como un árbitro. Las víctimas eran confinadas al rol de “socio silencioso” de los procedimientos.³⁵

El proceso seguido contra los líderes del régimen nacional-socialista ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se llevó adelante virtualmente sin ninguna participación o contribución de las víctimas, ni siquiera en el rol de testigos, pues la mayor parte de la prueba presentada por los fiscales era de naturaleza documental.³⁶ En la época en la que el Consejo de Seguridad creó los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, existía ya un movimiento internacional por los derechos de las víctimas que buscaba otorgarles un rol más importante en los procesos penales nacionales.³⁷ No obstante ello, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* no prevén el derecho de las víctimas a participar, sino que éstas solo pueden aparecer en los procesos como testigos, como *amici curiae*,³⁸ a través de escritos de impacto,³⁹ o bien solicitando de forma limitada algunas medidas de reparación, como

³¹ VAURS CHAUMETTE (2009: 21).

³² VAURS CHAUMETTE (2009: 22).

³³ *Ídem.*

³⁴ Cf. DONAT-CATTIN (1999a: 356); STRANG (2002: 1); KEIKKILA (2004: 43) y VASILIEV (2009: 635).

³⁵ DONAT-CATTIN (1999a: 353).

³⁶ BYRNE (2010: 243).

³⁷ Ver por ejemplo, STRANG (2002: 25); y KEIKKILA (2004: 35).

³⁸ REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA, UN Doc. IT/32/Rev. 45, (enmendadas el 8 de diciembre de 2010) Regla 74.

³⁹ *Ídem.*, Regla 92bis. Son usados en los sistemas del *common law* en el momento de dictar la sentencia. En general se refieren a los daños médicos, financieros o emocionales causados a la víctima por el autor del delito.

la restitución de bienes o la compensación, con la participación de los tribunales nacionales.⁴⁰

El proyecto de Estatuto de la CPI preparado por la CDI⁴¹ no otorgaba a las víctimas un rol diferente del establecido en los estatutos de los tribunales *ad hoc*. Los miembros de la CDI eran reacios a ampliar el rol de las víctimas, pues consideraban inadecuado mezclar procedimientos penales con procedimientos de naturaleza civil – como la compensación por daños– estimando que la participación de un número potencialmente alto de víctimas podría tener consecuencias negativas sobre el proceso.⁴² No obstante, como resultado de la campaña llevada adelante por varias organizaciones no gubernamentales a favor de los derechos de las víctimas, como *Redress*, *Women's Caucus for Gender Justice* y *Human Rights Watch*, entre muchas otras,⁴³ el borrador que finalmente fue discutido en la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma en 1998 incluía disposiciones sobre la participación de las víctimas y su derecho a solicitar reparaciones, aunque consignadas entre corchetes, lo que evidenciaba una falta de acuerdo entre los Estados al respecto.⁴⁴ Estas disposiciones fueron finalmente adoptadas gracias al apoyo de países como Francia y varias delegaciones de América Latina.⁴⁵

El Estatuto adoptado en 1998 contiene diversas disposiciones referidas a las víctimas y a su derecho a participar en el proceso y a recibir reparaciones, ofreciendo distintas instancias de intervención, algunas de ellas nuevas para el DIPenal.

En primer término, y continuando con la línea establecida por sus antecesores, el Estatuto de Roma prevé que las víctimas puedan participar en calidad de testigos y, en consecuencia, tengan derecho a recibir protección por parte del tribunal.⁴⁶ En segundo lugar, existen dentro del Estatuto algunas disposiciones que, si bien no se refieren expresamente a la participación de las víctimas como testigos o como víctimas *per se* en el marco del artículo 68,⁴⁷ crean espacios en los que éstas pueden contribuir al proceso. Así ocurre con el artículo 15, que le permite al Fiscal iniciar una investigación por iniciativa propia (es decir, sin necesidad de que haya mediado una remisión de un

⁴⁰ *Ídem.*, Reglas 105 y 106. Estas reglas establecen que si la Sala de Juicio concluye que se ha cometido robo de propiedad en conexión con otro crimen, puede ordenar la restitución de los bienes involucrados, y determina que el Secretario del Tribunal debe transmitir a las autoridades nacionales competentes la condena de un acusado que ha causado daño a una víctima, quien podrá, conforme la legislación nacional relevante, solicitar ante un tribunal interno compensación por dicho daño.

⁴¹ UN Doc. A/49/10 *Report of the International Law Commission on the work of its forty sixth session* (2 de mayo al 22 de julio de 1994).

⁴² VAN BOVEN (1999: 82).

⁴³ Bajo los auspicios de la Coalición de ONG para la Corte Penal Internacional se creó en 1997 una red de organizaciones de la sociedad civil y expertos denominada “Grupo por los Derechos de las Víctimas”, que tuvo una activa participación durante las negociaciones en Roma. Para más información, ver <http://www.vrwg.org>

⁴⁴ VAN BOVEN (1999: 84).

⁴⁵ AMNESTY INTERNATIONAL, *The International Criminal Court: Ensuring an effective role for victims –Memorandum for the Paris seminar*, abril 1999. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR40/006/1999/en> (última visita: 29/07/2018).

⁴⁶ Artículo 68. Si bien existe vasta jurisprudencia de la CPI relativa a la protección de las víctimas, por razones de extensión, esta cuestión no será analizada en el presente trabajo. Para mayor información, ver, *inter alia*, DONAT-CATTIN (1999b); KNOOPS (2005: 198-211).

⁴⁷ Y, por lo tanto, no se necesita previamente una decisión de la Corte en el marco de la Regla 89 respecto de las solicitudes de participación.

Estado parte o del Consejo de Seguridad),⁴⁸ pudiendo recabar información de diversas fuentes que considere apropiadas, entre las que pueden estar incluidas las propias víctimas. El párrafo 3 de este artículo, a su vez, faculta a las víctimas a presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares cuando el Fiscal le ha solicitado autorización para iniciar una investigación.⁴⁹ Asimismo, el artículo 19 –referido a la impugnación de la competencia de la CPI o de la admisibilidad de la causa– autoriza a las víctimas a presentar observaciones al respecto.⁵⁰ En tercer lugar, el artículo 68.3, disposición central en la materia, establece de manera expresa, y por primera vez en la historia de los tribunales penales internacionales, el derecho⁵¹ de las víctimas a participar en el proceso ante la CPI. Finalmente el artículo 75, considerado una de las grandes innovaciones, consagra el derecho de las víctimas a obtener reparaciones, mientras que el artículo 79 prevé la creación de un Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas y sus Familias.⁵²

A pesar del gran número de disposiciones referidas a las víctimas, el Estatuto de Roma no contiene ninguna definición de dicho concepto. La definición, en cambio, aparece tan sólo en las Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas por la Asamblea de Estados parte (en adelante “Reglas”).⁵³ La Regla 85 establece que por víctima se entenderá a *“las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”*, y determina luego que,

⁴⁸ Cf. artículo 13.

⁴⁹ En este sentido, es dable hacer referencia a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II en la situación de Kenia, en la que se solicitó a la Sección de Participación y Reparaciones de las Víctimas que identificara, en la medida de lo posible, a los líderes de los grupos afectados para que actuaran en nombre de aquellas víctimas que deseaban realizar presentaciones, y que recibiera dichas presentaciones, sean individuales o colectivas, realizando un análisis conforme a la Regla 85, resumiéndolas luego en un solo documento que debía someter a la Sala. Situación en la República de Kenia, Sala de Cuestiones Preliminares II, *“Order to the Victims Participation and Reparations Sections Concerning Victims’ Representations Pursuant to Article 15(3) of the Statute”*, ICC-01/09-4, 10 de diciembre de 2009, párrafos 8- 9. En el mismo sentido, cabe señalar la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III en la situación de Costa de Marfil, en la que, reconociendo la importancia de involucrar a las víctimas lo antes posible y de asegurar que pudieran realizar presentaciones adecuadas, ordenó a la Sección de Participación y Reparaciones que preparara un informe de las solicitudes recibidas y que realizara un examen *prima facie* para asegurarse que solo las presentaciones emanadas de fuentes que resultaran potencialmente víctimas en los términos de la Regla 85 fuesen enviadas a la Sala para su consideración. Cf. Situación en Costa de Marfil, Sala de Cuestiones Preliminares III, *“Order to the Victims Participation and Reparations Section Concerning Victims’ Representations Pursuant to Article 15(3) of the Statute”*, ICC-02/11-6, 6 de Julio de 2011, párrafo 10.

⁵⁰ Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II en el caso Fiscal c. William Samorei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang, *“Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute”*, ICC-01/09-01/11-31, 4 de abril de 2011, en la que la Sala invitó a las víctimas que habían solicitado ser autorizadas a participar, a presentar sus opiniones con respecto a la presentación del gobierno de Kenia cuestionando la admisibilidad del caso conforme al artículo 19 del Estatuto. Idéntica decisión fue adoptada por la Sala en el caso Fiscal c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali, *“Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute”*, ICC-01/09-02/11-40, 4 de abril de 2011.

⁵¹ Se utiliza aquí el término “derecho” *latu sensu* porque es el término generalmente utilizado por la doctrina. Sin embargo, ello no implica, en principio, considerar que se trate de un derecho a los efectos de determinar la existencia de subjetividad. Ver, por ejemplo, DONAT-CATTIN (1999a: 359) y DONAT-CATTIN (1999b: 873).

⁵² Ver, *inter alia*, FERSTMAN & GOETZ (2009: 313- 350); KELLER (2007: 189- 217); VILMER (2009).

⁵³ ICC-ASP/1/3.

además, se podrá entender, como incluidas dentro del concepto, a “*las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios*”. Si bien el Estatuto considera que tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden ser víctimas a los fines del proceso ante la CPI, este trabajo examinará solamente la aplicación del concepto de subjetividad a las primeras.

Cabe señalar que actualmente, algunos de los llamados tribunales internacionalizados, como las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya,⁵⁴ y el Tribunal Especial para el Líbano⁵⁵ también prevén la posibilidad de participación de las víctimas en el procedimiento. En el caso de las Salas Extraordinarias, se mantiene el sistema previsto por el ordenamiento nacional camboyano de “*partie civile*”, mientras que en el caso del Tribunal Especial para el Líbano se incluyó una disposición idéntica al mencionado artículo 68.3. En virtud de su mayor desarrollo, el presente trabajo se concentrará en el sistema previsto por el Estatuto de Roma.

3. Los individuos en el Estatuto de Roma: ¿sujetos o participantes?

El contenido actual del DIPenal, en este estado de cosas, parece ir más allá de la dicotomía clásica que lo identificaba como aquel ordenamiento que imponía obligaciones a los individuos (frente al DIDH que les otorgaba derechos) para ahora incluir dentro de su contenido el derecho de participación y de reclamo de reparaciones, otorgándole quizás una nueva dimensión en términos de subjetividad. Estas capacidades están reglamentadas en su Estatuto y en las Reglas, pero su alcance concreto depende de la decisión judicial. Asimismo, se ejercen independientemente del rol que juegue el Estado en el proceso penal de que se trate.

Si bien es cierto que ambos instrumentos fueron adoptados por los Estados, su redacción le otorga a la Corte una amplia discrecionalidad para interpretarlos, que ella ha ejercido extendiendo su alcance, quizás más allá de lo que algunos Estados imaginaban en la Conferencia de Roma. Debido a los desacuerdos durante las negociaciones, el artículo 68.3 del Estatuto fue redactado de forma ambigua y abierta, dejándole un amplio margen a la Corte para delimitar su alcance. Esta norma establece que

“[L]a 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 vieren afectados sus 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”.

⁵⁴ Creadas por el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya sobre el Enjuiciamiento conforme la Ley Camboyana de los Crímenes Cometidos durante el Período de Kampuchea Democrática (adoptado el 6 de junio de 2003) y la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Extraordinarias, con las enmiendas, tal como fue promulgada el 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006). Ver también YESBERG (2009) y TUNER (2009).

⁵⁵ Creado por el Consejo de Seguridad el 30 de mayo de 2007 (UN Doc. S/RES/1757 [2007]). Ver también DE HEMPTINNE (2010).

Las víctimas tienen entonces la facultad de presentar sus “opiniones y observaciones” cuando sean autorizadas por la Corte para ello. Sin embargo, el artículo 68.3 no detalla qué etapas y actos procesales están incluidos dentro de dicho concepto, cuestión que ha debido ser decidida en cada caso concreto por el propio tribunal. Las únicas limitaciones contenidas en esta norma que la Corte deberá tener en cuenta para decidir sobre la participación en “*las fases del juicio que considere conveniente*” son: 1) que los intereses personales de las víctimas deben verse afectados por el proceso, y 2) que la participación no debe redundar en detrimento de los derechos del acusado, afectar el juicio justo e imparcial o ser incompatible con éstos.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba completan este artículo regulando el procedimiento de solicitud de participación (Regla 89), la representación legal (Regla 90), la participación de los representantes legales en el procedimiento (Regla 91), el derecho de recibir notificaciones sobre las actuaciones (Regla 92), y la posibilidad de presentar observaciones a la Corte (Regla 93).

Asimismo, el Estatuto dispone que los individuos tienen derecho a reclamar reparaciones por el daño sufrido como resultado de los crímenes de competencia de la Corte. El régimen previsto en el artículo 75 es independiente de la participación de las víctimas en el juicio, y éstas pueden solicitar reparaciones –o la CPI puede decidir otorgarlas de oficio– independientemente de que la persona haya intervenido en las etapas procesales anteriores ante la Corte. Conforme la Regla 94, dicha solicitud debe hacerse por escrito ante el Secretario, quien la transmitirá a la Sala de Primera Instancia.⁵⁶ Una vez que la Sala recibe la solicitud, debe tomar una decisión al respecto, y luego debe informar sin demoras a las víctimas del resultado de su solicitud, conjuntamente con los fundamentos.

El artículo 75 incluye dentro de las posibles medidas reparatorias la restitución, la compensación y la rehabilitación. Esta lista no es taxativa,⁵⁷ por lo que la CPI podrá decidir implementar otros tipos de reparaciones, ya sean individuales o colectivas (como es el caso de ciertas medidas utilizadas en los derechos internos y en el DIDH, tales como las disculpas públicas,⁵⁸ la conmemoración, y programas de reparaciones generales),⁵⁹ así como considerar a la propia sentencia condenatoria una medida de reparación.⁶⁰ Asimismo, en el caso *Lubanga Dyilo*, la Sala de Primera Instancia sostuvo que las reparaciones pueden tener tanto naturaleza individual como colectiva.⁶¹

En este punto, debe señalarse que algunas de estas medidas podrían requerir la participación activa del Estado sobre la base de la obligación general de cooperar con la

⁵⁶ A pesar de que el inciso 1 requiere que la solicitud sea hecha por escrito, es posible aplicar la Regla 102 que, bajo condiciones excepcionales, permite que las comunicaciones a la CPI sean hechas por audio, video u otras formas electrónicas.

⁵⁷ Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia “*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párrafo 222.

⁵⁸ Aquí aparece una diferencia con el sistema de protección de derechos humanos. En el caso de *Lubanga Dyilo*, la Sala de Primera Instancia I decidió que su participación en unas disculpas públicas o privadas solo se haría con su consentimiento y, en consecuencia, se abstuvo de ordenar dicha medidas. Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia, “*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párrafo 269.

⁵⁹ Principios Básicos y Directrices. Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías (UN Doc. E/CN.4/1997/104).

⁶⁰ Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia, “*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párrafo 237.

⁶¹ *Ídem.*, párrafo 220.

Corte (Estatuto, Parte 9), para, por ejemplo, crear o colaborar con campañas designadas a mejorar la posición de las víctimas, emitir certificados de daño, establecer programas de difusión y educación para reducir su estigmatización y marginalización,⁶² o “para identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen o su incautación”,⁶³ que puedan servir luego para financiar reparaciones.⁶⁴ A la luz de este marco, ¿puede considerarse que las víctimas en un procedimiento penal internacional son titulares de derechos? ¿Pueden las normas referidas a las facultades de las víctimas en el proceso equipararse a otorgarles derechos?

Una interpretación amplia nos llevaría a contestar esta pregunta de manera afirmativa: las víctimas tienen derecho a participar en un proceso penal internacional y a solicitar reparaciones. Estos derechos tienen su origen en el DIDH y en instrumentos tales como la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder⁶⁵ y los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones.⁶⁶ El primero ha sido uno de los principales insumos del artículo 68.3 durante las negociaciones en Roma,⁶⁷ a tal punto que el Principio 6.b utiliza en su versión en inglés los mismos términos que el artículo 68.3 del Estatuto, “*views and concerns*”, que en castellano se han traducido como “opiniones y observaciones”.

Sin embargo, cabe observar que, en términos de su naturaleza jurídica, los instrumentos mencionados son meras declaraciones y, por sí mismas, no crean derechos ni obligaciones. En consecuencia, se ha señalado que estas normas parecerían tener una naturaleza puramente procedimental, relacionadas con el funcionamiento de la Corte; desde esa lectura, se trataría solamente de nuevas capacidades que los individuos tienen en un proceso penal internacional, mientras que las normas primarias del DIPenal, —aquella en las que se describen las conductas prohibidas— no están destinadas a los individuos, sino a proteger valores esenciales de la comunidad internacional, es decir, estarían dirigidas a los Estados. De este modo, el individuo, en tanto víctima, no gozaría de ningún derecho subjetivo de participación en el DIPenal,⁶⁸ sino que simplemente se le otorgan ciertas capacidades que permiten que avancen los procesos penales internacionales.

Empero, ello no equivale a afirmar que el individuo en tanto víctima sea un mero objeto del DIPenal. La capacidad de participar y de solicitar reparaciones está relacionada con el derecho a la verdad y a la justicia que el DIDH les reconoce a los individuos.⁶⁹ Las capacidades de las que gozan permiten afirmar que, si bien las víctimas

⁶² *Ídem.*, párrafo 239.

⁶³ *Cf.* artículo 93.1.k.

⁶⁴ Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia “*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párrafos 276- 277.

⁶⁵ UN Doc. GA/RES/40/34 del 29 de noviembre de 1985.

⁶⁶ UN Doc. GA/RES/60/147 del 16 de diciembre de 2005.

⁶⁷ DONAT-CATTIN (1999b: 880).

⁶⁸ VAURS CHAUMETTE (2009: 95).

⁶⁹ *Cf.* DONAT-CATTIN (1999b: 873); OLÁSULO y GALAIN PALERMO (2010). En el mismo sentido, ver Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*”, ICC-01/04-01/07-474, 13 de mayo de 2008, párrafo 36.

de crímenes internacionales no serían sujetos, su estatus debe ser repensado y no puede ser restringido a una interpretación que los considere simples objetos de protección.

La jurisprudencia de la CPI ha, de alguna manera, contribuido a esta reflexión al considerar a las víctimas *participantes* del proceso penal,⁷⁰ por oposición a las *partes* del proceso (proceso que, en este sentido, no pierde su condición bipartita: defensa y fiscalía). Ello parecería dar cuenta de que los individuos que deseen participar en el procedimiento ante la Corte en un rol diferente del de acusado —el rol más “tradicional”— no gozan de la misma amplitud de facultades y su participación se ve, en principio, limitada.

No obstante esta declaración de principios, en la práctica la Corte ha ido más lejos. Por ejemplo, con referencia al alcance de la participación, ha autorizado que las víctimas presenten prueba, cuestión que no está incluida expresamente en ningún instrumento y que —estando normalmente limitada a las partes de un proceso— sin duda parece ir más allá de las facultades inherentes a un mero participante. Así, la Sala de Primera Instancia I sostuvo en el caso *Lubanga Dyilo* que en el marco del sistema de la CPI el derecho a introducir prueba en juicio no está limitado a las partes, ya que, tal como surge del propio Estatuto, la Corte tiene un derecho general de solicitar la presentación de todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos.⁷¹ Ello fue confirmado por la Sala de Apelaciones que señaló al respecto que esta posibilidad de las víctimas de presentar prueba (que nace del art. 69.3)⁷² no implica un *derecho* a hacerlo, sino que depende de que ello les sea requerido y de que se cumplan los extremos del artículo 68.3.⁷³ Si bien cabe señalar que el lenguaje utilizado por la Corte parece restringir esta facultad quitándole el carácter de “derecho”, dado que la Corte no lleva a cabo ninguna investigación propia, depende del material que las partes y de los participantes le acerquen y sugieran, por lo que la posibilidad de proponer pruebas de las víctimas es bastante amplia.⁷⁴

La terminología utilizada por la Corte recuerda la doctrina desarrollada por autores como HIGGINS, quienes afirman que el derecho internacional es un proceso continuo de toma y revisión de decisiones con el objeto de identificar, clarificar o asegurar el interés común de los miembros de la comunidad internacional. Es un proceso del que forman parte diversos *participantes* que juegan diferentes roles. En consecuencia, estos críticos consideran que, dentro de este esquema, la dicotomía “sujeto-objeto” u oposición binaria —parte integral de la definición de la personalidad jurídica internacional—⁷⁵ es confusa y no tiene ningún propósito funcional.⁷⁶ La cuestión

⁷⁰ Ver, entre otros, Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Apelaciones, “*Judgment on the Appeal of Mr. Katanga against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 entitled ‘Decision on the Modalities of Victim Participation at trial’*”, ICC-01/04-01/07-2288, 16 de julio de 2010, párrafo 39. Cabe mencionar que algunos autores han planteado que debido a la extensión del derecho de participación que la jurisprudencia les ha reconocido a las víctimas, podrían ser considerada como una tercera parte en el procedimiento; cf. FRIMAN (2009).

⁷¹ Artículo 69.3.

⁷² Esta disposición otorga a la Corte la facultad de solicitar todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos.

⁷³ Fiscal c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Apelaciones, “*Judgment on the Appeal of Mr. Katanga against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 entitled ‘Decision on the Modalities of Victim Participation at trial’*”, ICC-01/04-01/07-2288, 16 de julio de 2010, párrafo 48.

⁷⁴ FRIMAN (2009: 495).

⁷⁵ MCCORQUODALE (2006: 123).

⁷⁶ HIGGINS (1995: 49).

a analizar debería ser entonces quién participa realmente en el proceso global de toma de decisiones y quién lleva adelante qué funciones.⁷⁷

Ahora bien, la participación de las víctimas no es automática ni ilimitada. Como primer paso, debe ser autorizada por la Corte sobre la base de un formulario de solicitud de participación, conforme lo establece la Regla 89.⁷⁸ Este formulario tiene por objeto recabar la información que necesitarán los jueces para decidir sobre su procedencia; es decir, deben surgir del formulario los elementos que les permitan determinar que se trata de una víctima de uno de los crímenes de competencia de la Corte⁷⁹ imputados al acusado en cada caso concreto.⁸⁰ Luego de una decisión acerca de eventuales medidas de protección⁸¹ —como, por ejemplo, testar el nombre o dirección de las víctimas— la Corte le da traslado a la defensa para que ésta presente sus observaciones respecto de la solicitud de participación. Aquí aparece entonces una relación —si bien intermediada por la Corte— entre dos individuos, el acusado y las víctimas. A fin de cuentas, con todo esto se fija una instancia internacional en la cual los individuos se relacionan entre sí a través de la alegación de la violación de una norma internacional en tanto “acusado” y “víctima”.

Otro ejemplo de la interpretación extensiva de las facultades de las víctimas que ha hecho la Corte se relaciona con la posibilidad de solicitar reparaciones. En su primera decisión sobre la materia, la Corte sostuvo que esta posibilidad es *un derecho humano básico y bien establecido* en tratados universales y regionales, y en otros instrumentos, tales como los mencionados Principios Básicos y Directrices, la Declaración sobre Principios Básicos de Justicia, la Declaración de Nairobi, y los Principios de Ciudad del Cabo, entre otros.⁸²

También en el ámbito de las reparaciones encontramos una relación individuo-individuo, nuevamente intermediada por la Corte. El esquema que prevé el Estatuto dispone que las medidas reparatorias deben ser solventadas por el individuo condenado. Sólo en el caso en que éste haya sido declarado indigente se podrá hacer uso del Fondo

⁷⁷ CHEN, (2000: 79).

⁷⁸ Disponible en www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/victims/Pages/forms.aspx (última visita: 30/07/2018). Cabe señalar, no obstante, que en octubre de 2012, la Sala de de Primera Instancia V estableció un procedimiento diferenciado según se tratara de víctimas que desearan presentar sus opiniones y observaciones de forma individual frente a la Corte, en persona o via video-conferencia, y de víctimas que desearan en cambio participar sin presentarse ante la Corte, que serían asistidas por un representante legal común, sin tener que pasar por el procedimiento establecido en la Regla 89; Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang “*Decision on victim’s representation and participation*”, ICC-01/09-01/11-460, 3 de octubre de 2012, párrafo 25.

⁷⁹ Regla 85.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, Situación en Uganda, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on victims’ applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 to a/0089/06, a/0091/06 to a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 to a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 to a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 and a/0123/06 to a/0127/06*”, ICC-02/04-125, 10 de agosto de 2007, párrafo 6; Situación de la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on application process for victims’ participation and legal representation*”, ICC-01/04-374, 17 de agosto de 2007, párrafos 13-15; Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Apelaciones, “*Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008*”, ICC-01/04-01/06-1432, 11 de julio de 2008, párrafo 62.

⁸¹ Artículo 68.1 y Reglas 87 y 88.

⁸² Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia “*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párrafo 185.

Fiduciario para las Víctimas creado por el artículo 79 del Estatuto.⁸³ Este es, sin dudas, uno de los aspectos más novedosos del esquema implementado de la CPI. Queda claro que el derecho de las víctimas a solicitar reparaciones por daños sufridos no es algo nuevo y está reconocido en la mayoría de los instrumentos de derechos humanos y en la jurisprudencia de los órganos de protección, pero el sujeto “deudor” de esas reparaciones siempre ha sido el Estado; en cambio, el régimen del artículo 75 desplaza al Estado del lugar de deudor para emplazar en su lugar al individuo/condenado.

Este traslado del Estado desde el lugar de “deudor” en sentido amplio es una de las características del DIPenal que, a su vez, marca una expresión del crecimiento del rol del individuo en el derecho internacional general.⁸⁴ Si, como sostienen algunos, este ordenamiento nació con el objetivo de establecer una ficción que separaría al Estado de los individuos “malvados” que cometen crímenes y que buscan obstaculizar el normal funcionamiento del orden internacional –de manera de limpiar de posibles responsabilidades al Estado–,⁸⁵ esta afirmación, si bien un poco exagerada, da cuenta de los cambios acaecidos en sistema de derecho internacional y de su naturaleza dinámica.

Sin perjuicio de ello, en la actualidad el derecho internacional sigue siendo estadocéntrico y, más allá de la aparición de conceptos como el de las normas *ius cogens*, que parecerían quitarles el control completo sobre su desarrollo y contenido,⁸⁶ es indudable que sus fuentes continúan respondiendo a la voluntad de los Estados.

Si los individuos en tanto víctimas no pueden ser considerados (aún) como sujetos del DIPenal, destinatarios de sus normas primarias, entonces podría afirmarse que quien ocupa ese lugar es el Estado.⁸⁷ Las normas que prohíben la comisión de los crímenes internacionales más graves (*core crimes*) son normas de carácter imperativo, que protegen los valores esenciales de la comunidad internacional. Son los Estados los titulares de la capacidad de generar la responsabilidad internacional de un acusado,⁸⁸ y las víctimas en definitiva solo gozan –tal como ocurre hoy en el sistema interamericano de protección de derechos humanos– de *locus standi* en el procedimiento.⁸⁹

4. Conclusiones

El desarrollo del DIPenal, como rama del derecho internacional general, ha tenido y tendrá, sin dudas, un impacto en el alcance y contenido de sus nociones fundantes. La posibilidad de considerar a los individuos como responsables por la

⁸³ Cf. artículo 72.2. Esto es lo que ocurre en el caso de Thomas Lubanga Dyilo: Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia “*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012, párrafos 279- 280.

⁸⁴ SIMPSON (2007: 55).

⁸⁵ SIMPSON (2007: 63). Sin embargo, cabe señalar que en su comentario al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, la CDI afirmó de forma clara que “el Estado (...) no podrá exonerarse de responsabilidad a través de la invocación del enjuiciamiento o castigo de los individuos que cometen un crimen”, citado en SIMPSON (2007: 66).

⁸⁶ MCCORQUODALE (2006: 127).

⁸⁷ VAURS CHAUMETTE (2009: 232).

⁸⁸ VAURS CHAUMETTE (2009: 153).

⁸⁹ Se ha dicho, en este sentido, que el Fiscal actuaría como un agente de los Estados y ejercería la competencia que éstos le atribuyeron, lo que no lo convertiría *per se* en un sujeto de DIPenal, cf. VAURS CHAUMETTE (2009: 188).

violación de normas internacionales y de juzgarlos en un tribunal internacional ha cambiado el panorama de este ordenamiento.

En tanto rama del derecho internacional, el DIPenal comparte sus características principales y puede ser examinado a través de sus institutos: las fuentes, la responsabilidad, la subjetividad y su relación con los derechos internos, entre otros. Tradicionalmente, la subjetividad de los individuos ha sido aceptada luego de la aparición del DIDH, que contiene normas que les reconocen derechos a las personas físicas, cuya violación puede ser reclamada en diversos órganos de protección, tanto regionales como universales. El DIPenal vino a ampliar el alcance de esta subjetividad al establecer que los individuos también pueden incurrir en responsabilidad por la violación de normas internacionales que tipifican conductas consideradas ilícitas y ser juzgados por tribunales internacionales. Estas eran las dos caras de una moneda a través de las cuales se describía la personalidad jurídica internacional de las personas físicas. Fuera de estos roles, los individuos eran descriptos como objetos del derecho internacional.

El reconocimiento de la capacidad de los individuos de participar en los procedimientos penales internacionales en tanto víctimas de esos crímenes ha agregado una nueva faceta que debe ser examinada. Ya no se trata simplemente del individuo cuyos derechos han sido violados por el Estado o del individuo que ha cometido un crimen internacional, sino que el sistema se ha abierto para incorporar también a las personas que fueron víctimas de ilícitos cometidos por otro.

Como ha sido explicado, los últimos desarrollos de DIPenal, en particular de la CPI, logran poner en jaque la tradicional definición de la subjetividad del individuo –y hasta la noción de subjetividad general– y exigen un replanteo de dicho esquema. Las relaciones individuo/perpetrador e individuo/víctima avanzan un paso más en el cambio de las relaciones tradicionales del derecho internacional y parecen ir hacia una ampliación del rol del individuo en este ordenamiento marcadamente Estado-céntrico.

Sin embargo, el proceso aún no se encuentra completo. La participación activa de las víctimas, con una voz propia e independiente todavía está buscando establecer sus límites y dimensiones. Puede afirmarse, entonces, que la naturaleza del individuo en tanto víctima se encuentra en plena evolución⁹⁰ y que su alcance dependerá, a su vez, del desarrollo del propio derecho internacional penal.

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.

⁹⁰VAURS CHAUMETTE (2009: 151).

REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (ICC-ASP/1/3 [part.II-A]) y UN Doc. IT/32/Rev. 45, 9 de septiembre de 2002 y enmendadas el 8 de diciembre de 2010).

Jurisprudencia

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva del 11 de abril de 1949.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia del 26 de febrero de 2007. *I.C.J. Reports 2007*.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación en Uganda, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on victims' applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 to a/0089/06, a/0091/06 to a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 to a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 to a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 and a/0123/06 to a/0127/06*”, ICC-02/04-125, 10 de agosto de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación de la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on application process for victims' participation and legal representation*”, ICC-01/04-374, 17 de agosto de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Apelaciones, “*Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008*”, ICC-01/04-01/06-1432, 11 de julio de 2008.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación en la República de Kenia, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Order to the Victims Participation and Reparations Sections Concerning Victims' Representations Pursuant to Article 15(3) of the Statute*”, ICC-01/09-4, 10 de diciembre de 2009.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Sala de Apelaciones, “*Judgment on the Appeal of Mr. Katanga against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 entitled 'Decision on the Modalities of Victim Participation at trial'*”, ICC-01/04-01/07-2288, 16 de julio de 2010.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang, “*Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute*”, ICC-01/09-01/11-31, 4 de abril de 2011.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, “*Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute*”, ICC-01/09-02/11-40, 4 de abril de 2011.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación en Costa de Marfil, Sala de Cuestiones Preliminares III, “*Order to the Victims Participation and Reparations Section Concerning Victims' Representations Pursuant to Article 15(3) of the Statute*”, ICC-02/11-6, 6 de Julio de 2011.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia “*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 de agosto de 2012.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal c. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang, Sala de Primera Instancia, “*Decision on victim's representation and participation*”, ICC-01/09-01/11-460, 3 de octubre de 2012.
- TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, “*In re Goering y otros*”, Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 22, Sentencia del 1 de octubre de 1946.

Bibliografía Crítica o Secundaria

- BARBOZA, J. (1999) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavalía.
- BIANCHI, A. (2009) "State responsibility and criminal liability of individuals" en CASSESE, A. (ed.) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: University Press, pp. 16-24.
- BYRNE, R. (2010) "The new public international lawyer and the hidden art of international criminal trial practice", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 25, pp. 243- 305.
- CANÇADO TRINDADE, A. (2007) "Remarks - The Future of International Law", *American Society of International Law Proceedings March 28-31*, Vol. 101, pp. 238- 242
- CANÇADO TRINDADE, A. (2011) *The access of individuals to International Justice*, Oxford: University Press.
- CASSESE, A. (2003) *International Criminal Law*, Oxford: University Press.
- CHEN, L. (2000) *An introduction to contemporary International Law. A policy-oriented perspective*, 2^{da} edición, New Haven: Yale University Press.
- DE HEMPTINNE, J. (2010) "Challenges raised by victims' participation in the proceedings of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, pp. 165-179.
- DONAT-CATTIN, D. (1999a) "The Role of Victims in ICC Proceedings", en LATTANZI F. & SCHABAS, W. (eds.) *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Il Ripa Fagnano Alto: Editrice il Sirente, p. 251.
- DONAT-CATTIN, D. (1999b), "Article 68: Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings", en TRIFFTERER, O (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 869- 888.
- FERSTMAN C., GOETZ, M., & STEPHENS, A. (2009) (eds.) *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers.
- FRIMAN, H. "The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party to the Proceedings" (2009), *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, pp. 485- 500.
- GREPPI, E. (1999) "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional" en *Revista Internacional de la Cruz Roja N° 835*.
- GUTTIÉRREZ POSSE, H.D.T. (2006) *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires: De los Cuatro Vientos.
- HIGGINS, R. (1995) *Process and Problems: International Law and how we use it*, Oxford: University Press.
- JORGENSEN, N.H.B (2000) *The responsibility of States for international crimes*, Oxford: University Press.
- KEIKKILA, M. (2004), *International Criminal Tribunals and Victims of Crime. A Study of the status of victims before International Criminal Tribunals and of factors affecting this status*, Helsinki: Institute for Human Rights Abo Akademi University.
- KELLER, L.M. (2007) "Seeking Justice at the International Criminal Court: Victims' Reparations", *Thomas Jefferson Law Review*, Vol. 29, pp. 189- 218.
- KNOOPS, G.A, *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings*, The Hague. Kluwer, 2005.
- MARTINEAU, A.C. (2007) *Les juridictions pénales internationalisées : un nouveau modèle de justice hybride?*, Paris: Editions Pedone.
- MCCORQUODALE, R. (2006) "The individual and the international legal system", en EVANS, M. (ed.) *International Law*, 2^{da} edición, Oxford: University Press.
- MCGOLDRICK, D., ROWE, P. y DONNELLY, E. (2004) *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*, Portland: Hart Publishing.

- MILANOVIC, M. (2011) "Is the Rome Statute binding on individuals? (and why should we care?)", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, pp. 25- 52.
- MONCAYO, G.R, VINUESA, R. & GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T (1990) *Derecho Internacional Público Tomo 1*, Buenos Aires: Zavallia.
- OLÁSULO H.y GALAIN PALERMO, P. (2010) "La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas", GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL & ELSNER, G. (ed), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 379- 425.
- PARLETT, K. (2011) *The individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge: University Press.
- SCHWARZENBERGER, G. ([1947] 2008) "The judgment of Nuremeberg" en METTRAUX, G. (ed.) *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford: University Press, pp. 167- 189.
- SIMPSON, G. (2007) "Law's Subjects Individual Responsibility and Collective Guilt", en SIMPSON, G. *Law, War & Crime: War Crime Trials and the Reinvention of International Law*, Malden: Polity Press, pp. 54- 78.
- STRANG, H. (2002) *Repair or Revenge. Victims and Restorative Justice*, Oxford: Clarendon Press.
- TUNER, J.I, (2009) "Decision on Civil Party Participation in Provisional Detention Appeals Case No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC01). Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, March 20, 2008", *American Journal of International Law*, Vol. 103, p. 116.
- VAN BOVEN, T. (1999) "The position of the victim in the Statute of the International Criminal Court" en VON HEBEL, H.A.M., LAMMERS, J.G, Y SCHUKKING, J. (eds) *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague: T.M.C Asser Press, p. 82.
- VASILIEV, S. (2009) "Article 68(3) and the personal interests of victims in the emerging practice of the ICC", en STAHN, C. Y SLUITER, G. (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, The Hague, Martinus Kijhoff Publishers, p. 635.
- VAURS CHAUMETTE, A.L (2009) *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?*, Paris: Pedone.
- YESBERG, K. (2009) "Accessing justice through victim participation at the Khmer Rouge Tribunal", 40 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 555- 579.

La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal: ¿Sujetos de derecho internacional?

Agustín Leonardo Niebuhr

Tradicionalmente, la aplicación del derecho internacional se limitaba a las relaciones entre Estados o entidades asimilables a Estados. Sin embargo, con el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional penal, fundamentalmente a partir de la Carta de Naciones Unidas y de los procesos penales internacionales de Núremberg y Tokio, se comenzó a imponer obligaciones a las personas físicas, generadoras de responsabilidad individual por infracciones a las normas fundamentales de este cuerpo normativo. De este modo, el derecho internacional penal se ocupó de la responsabilidad penal individual por la comisión de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional, sin considerar en particular la posibilidad de la responsabilidad penal colectiva en cabeza de las personas de existencia ideal,¹ cuyos crímenes suelen producirse en contextos de comercio militarizado (*militarized comerce*).²

Si bien podría afirmarse de forma genérica que dentro de los elementos de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio suele exigirse que un Estado o un ente asimilable a un Estado esté involucrado para que pueda considerarse la existencia de la acción típica, cierta jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial indica que las obligaciones de las personas de existencia ideal no se limitan solamente a aquellos delitos que incluyen el lucro como elemento. Como se verá más adelante, estas pueden estar involucradas en la comisión de alguno de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional, incluso en casos en los que no se persigue la obtención de una ventaja económica.

El propósito de este trabajo es analizar el concepto y alcance de las obligaciones impuestas en cabeza de personas de existencia ideal por la comisión de los mencionados crímenes, con el objeto de determinar si merecen ser catalogadas como sujetos de derecho internacional. *Prima facie*, cabe destacar que, a pesar de que en la actualidad no existen tribunales internacionales que tengan competencia en materia penal respecto de estas personas, ello no significa *per se* que las prohibiciones subyacentes a estos crímenes no sean obligatorias para ellas.

1. La responsabilidad penal colectiva de las personas de existencia ideal

En primer lugar, debe analizarse si existen obligaciones impuestas en cabeza de personas de existencia ideal en las leyes nacionales o en virtud del derecho internacional

¹ Si bien el término personas de existencia ideal podría ser utilizado para referirse a un Estado, en este artículo se refiere a las empresas, corporaciones, empresas transnacionales y multinacionales.

² FORCESE (2000: 171).

penal y, en caso afirmativo, si es factible enjuiciarlas en dicho carácter por su violación, y no solamente a sus empleados, representantes legales o responsables.

En el ámbito nacional, ha de señalarse que el número de leyes nacionales que establecen la responsabilidad de las personas de existencia ideal se ha incrementado en concordancia con el aumento de acuerdos regionales e internacionales en materia de crímenes transnacionales.³ Estos exigen a los Estados parte establecer la responsabilidad de las personas de existencia ideal dentro de sus leyes nacionales y permiten o requieren el establecimiento de una jurisdicción internacional sobre la conducta de estas.⁴ No obstante ello, no criminalizan penalmente la conducta de las personas de existencia ideal en la misma forma en la que demandan el reconocimiento de responsabilidad penal individual. Por consiguiente, los Estados parte tienen la libertad de determinar el tipo de responsabilidad a imponer.⁵

Según un informe de la Fundación Fafo, Australia, Bélgica, Canadá, los Estados Unidos, Francia, India, Japón, Noruega, los Países Bajos y el Reino Unido establecieron la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal dentro de sus leyes nacionales por la comisión de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional y la jurisdicción basada en la nacionalidad del acusado o de la víctima.⁶

En el ámbito internacional, no existe en la actualidad un tribunal internacional que pueda ejercer jurisdicción penal sobre las personas de existencia ideal, dado que el inciso 1º del artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional limita la jurisdicción *ratione personae* de la mencionada Corte a las personas físicas.⁷ Durante la Conferencia de Roma, Francia propuso ampliar la competencia de la Corte Penal Internacional a las personas de existencia ideal.⁸ Lamentablemente, esta propuesta fue rechazada sobre la base de los siguientes argumentos: a) la falta de tiempo para finalizarla, b) el desafío del derecho comparado al no existir un estándar común entre las leyes de los Estados respecto de la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, y c) la objeción de la complementariedad (*cf.* artículo 17 del Estatuto de Roma) al tornársele imposible a algunos Estados juzgar a las personas de existencia ideal por no reconocer este tipo de responsabilidad en sus leyes nacionales.⁹ En igual sentido, los estatutos de los tribunales internacionales *ad hoc*, como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda o el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, contienen

³ KYRIAKAKIS (2010: 112).

⁴ DE SCHUTTER (2006: 2-6).

⁵ CLAPHAM (2006: 251).

⁶ RAMASASTRY y THOMPSON (2006: 15-16).

⁷ Responsabilidad penal individual: “de conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales”, *cf.* artículo 25, inciso 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁸ La propuesta presentada por Francia el 16 de junio de 1998 en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, artículo 23, Responsabilidad penal individual, párrafos 5 y 6 (organizaciones delictivas): “5. Cuando hubiera cometido el delito una persona natural en nombre de o con el consentimiento de un grupo o una organización de la índole que fuere, la Corte podrá declarar que ese grupo o esa organización es una organización delictiva. 6. En los casos en que la Corte declare que un grupo o una organización tienen carácter delictivo, se aplicarán a ese grupo o a esa organización las penas previstas en el artículo 76, así como las disposiciones pertinentes de los artículos 73 y 79. En ese caso, se considerará probado y no se pondrá en entredicho el carácter delictivo del grupo o la organización, y las autoridades nacionales competentes del Estado parte pertinente adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el fallo de la Corte tenga fuerza vinculante y se cumpla”.

⁹ SCHMIDT (2005: 333).

disposiciones de carácter similar al mencionado artículo, que limitan la jurisdicción de estos tribunales solamente respecto de las personas físicas.¹⁰

Tomando en consideración los cuerpos normativos mencionados, parecería que las personas de existencia ideal no están obligadas por el derecho internacional penal, y se trataría *prima facie* de una cuestión de *lege ferenda* y no de *lege lata*. Sin embargo, cabe señalar que si entrara en vigor el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, esta Corte tendría jurisdicción *ratione personae* sobre personas de existencia ideal conforme a lo establecido en el artículo 46.C.¹¹

No obstante ello, la cuestión de la existencia de un tribunal internacional que pueda ejercer jurisdicción penal sobre las personas de existencia ideal debería distinguirse de la cuestión respecto de la existencia de una norma de derecho internacional penal que prevea el castigo de dichas personas por la comisión de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional. Es concebible que exista una norma en ese sentido pese a no haber actualmente ningún tribunal al cual recurrir, por lo que esa norma permanecería en un estado latente, al menos con la relación a la posibilidad de hacerla cumplir jurisdiccionalmente, pudiendo ser activada, sin violación del principio *nullum crimen, nulla pena sine praevia lege*, mediante el establecimiento de una corte o tribunal con competencia para ejercer jurisdicción sobre las personas de existencia ideal en caso de que los procedimientos internos hubieran fracasado. De existir este tipo de normas, cabrá concluir entonces que las personas de existencia ideal son sujetos de derecho internacional.

Tomando en consideración la ausencia de un tratado internacional penal que prevea normas de esta naturaleza, la fuente normativa sólo podría encontrarse en la costumbre internacional. Por un lado, autores como CLAPHAM contemplan la posibilidad de que el derecho consuetudinario establezca sanciones penales a las personas de existencia ideal por la comisión de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional.¹² Por otro lado, resultaría difícil sostener esta postura, dada la aparente ausencia de una práctica de los Estados o una *opinio juris* en ese sentido. Asimismo, contradice esta posición el hecho de que las decisiones de los Tribunales Militares de los Estados Unidos durante la ocupación de la Alemania nazi luego de la Segunda Guerra Mundial, tales como las sentencias contra el industrial alemán Friedrich Flick,¹³ contra los dueños de la empresa química industrial alemana IG Farben¹⁴ y contra los dirigentes del famoso grupo industrial Krupp,¹⁵ que establecieron penas por la comisión de crímenes de lesa humanidad y la utilización de trabajo esclavo

¹⁰ “El Tribunal Internacional ejercerá jurisdicción sobre las personas naturales de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”, *cf.* artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. “El Tribunal Internacional para Ruanda ejercerá jurisdicción sobre las personas naturales de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”, *cf.* artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

¹¹ Responsabilidad Penal Corporativa: “a los fines de este estatuto, esta Corte tendrá jurisdicción sobre las personas de existencia ideal, con excepción de los Estados”, *cf.* artículo 46C del Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.

¹² CLAPHAM (2008: 899).

¹³ U.S. Military Tribunal IV, U.S. v. Friedrich Flick *et al.*, Opinion and Judgment, 22 de diciembre de 1947.

¹⁴ U.S. Military Tribunal VI, U.S. v. Carl Krauch *et al.*, Opinion and Judgment, 30 de julio de 1949.

¹⁵ British Military Court at Hamburg, The Zyklon B Case, the Trial of Bruno Tesch *et al.*, 1-8 de marzo de 1946.

durante la guerra, lo hayan hecho para las personas físicas y no para las de existencia ideal.

Si bien a simple vista parecería que el derecho internacional penal no establece sanciones a las personas de existencia ideal, puede que, luego de un análisis con mayor profundidad, no sea el caso. En primer lugar, cabe destacar el hecho de que, al describir una acción típica, una norma de derecho penal comprende dos sub-normas: la primera, consistente en la prohibición de determinada conducta, como podría ser la prohibición de matar a otra persona. La segunda, la consecuencia de la violación de la primera, que sería el establecimiento de una pena. Como nos indica WERLE en su libro *Principles of International Criminal Law*,¹⁶ esta estructura puede ser claramente observada en el derecho internacional humanitario, donde la prohibición de determinadas conductas enunciadas en una norma acarrea una pena establecida por la costumbre internacional.

En segundo lugar, aunque parece no existir una práctica por parte de los Estados ni una *opinio juris* en relación con el establecimiento de una sanción penal a las personas de existencia ideal por la violación de la prohibición de realizar una conducta determinada, cabe recordar que el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg¹⁷ habilitaba a este tribunal a declarar criminal a una persona de existencia ideal, en particular a ciertas organizaciones del régimen nazi, y las sentencias de los Tribunales Militares de Estados Unidos durante la ocupación de la Alemania nazi mencionadas precedentemente parecen indicar que la prohibición de una conducta determinada (primera subnorma), como la comisión de crímenes de guerra o de lesa humanidad, es de aplicación a las personas de existencia ideal. En efecto, dichas sentencias se apoyaron en la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado que previa dentro de la competencia material de los tribunales militares de ocupación la membresía en una de las organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional.¹⁸ Este razonamiento se basa en el hecho de que dichas sentencias, al admitir la posible comisión de determinadas conductas por parte de una persona de existencia ideal, están reconociendo que estas se encuentran alcanzadas por la prohibición de dicha conducta, pese a que las penas fueran establecidas para quienes las representaban. De este modo, cabe concluir que aunque las personas de existencia ideal no pueden ser castigadas penalmente por la realización de una determinada conducta conforme el estado actual del derecho internacional, están obligadas por la prohibición del derecho consuetudinario a no realizarla y, según las características del caso, el incumplimiento de la prohibición podría dar lugar a consecuencias legales que acarreen una sanción penal.

La conclusión del párrafo precedente se ajusta a la tendencia general del derecho internacional de ampliar su ámbito de aplicación más allá de las relaciones interestatales, que lo hace extensivo a las personas físicas.¹⁹

Este cambio en el paradigma no residió meramente en el hecho de que las normas de derecho internacional se considerasen aplicables a las personas físicas, sino

¹⁶ WERLE (2009: 960).

¹⁷ “En el juicio de aquella persona o personas miembro de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal”, *cf.* artículo 9 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

¹⁸ Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado “Castigo de las Personas responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, del 20 de diciembre de 1945, artículo II. Disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> (último acceso: 2/09/2018).

¹⁹ EPPING (2004: 95).

aplicables a sujetos diferentes de los Estados o entidades asimilables a Estados. Por consiguiente, es dable concluir que es indistinto el hecho de que estos sujetos no asimilables a Estados sean personas físicas o de existencia ideal. Actualmente, ciertos derechos humanos también pueden ser invocados por personas de existencia ideal, tales como el derecho a la protección de la propiedad privada, así como varios instrumentos jurídicos internacionales aseguren la protección de los derechos de las personas de existencia ideal,²⁰ lo que nos permite considerarlas sujetos de este cuerpo normativo.

2. El lucro como elemento de los crímenes internacionales en caso de comisión por personas de existencia ideal

Dado que comúnmente se asocia a las personas de existencia ideal con la comisión de delitos de cuello blanco y que, por lo general, el lucro no es un elemento de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional, cabe preguntarse si dichas personas son capaces de perpetrar tales crímenes. Por un lado, existen ciertos crímenes tales como el de lesa humanidad de esclavitud,²¹ de esclavitud sexual y de prostitución forzada,²² los crímenes de guerra de apropiación de bienes no justificados por necesidades militares,²³ que contienen como uno de sus elementos al lucro. Por otro lado, crímenes tales como la violación sexual no pueden, por su naturaleza y en principio, ser cometidos por personas de existencia ideal, ya que requieren la interacción directa y personal entre el agresor y su víctima.²⁴ Conceptualmente, sin embargo, este argumento puede ser descartado sobre la base de que una persona de existencia ideal no puede físicamente llevar a cabo un acto de asesinato, violación o tortura, como así tampoco pueden firmar una declaración de impuestos fraudulenta. Por esta razón, puede llegarse a la conclusión de que la responsabilidad de estos sujetos siempre se deriva de la conducta de las personas físicas que le es imputada para generar su responsabilidad.

Tomando en consideración que la razón de ser de las empresas, en tanto personas de existencia ideal, es la obtención de beneficios mediante su participación en actividades comerciales, se podría argumentar que solo son pasibles de cometer aquellos crímenes que incluyen el lucro. Sustentan esta teoría las sentencias de los Tribunales Militares de los Estados Unidos y el Reino Unido durante la ocupación de la Alemania

²⁰ KAMMINGA y ZIA-ZARIFI (2000: 139).

²¹ Crímenes de lesa humanidad: "a los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (...) Esclavitud", *cf.* artículo 7, inciso 1.c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²² Crímenes de lesa humanidad: "a los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque": (...) esclavitud sexual y prostitución forzada, *cf.* artículo 7, inciso 1.g) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²³ Crímenes de guerra: "a los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": (...) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente, *cf.* artículo 8, inciso 2.a.iv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁴ PRADEL (2008: 176).

nazi mencionadas *supra*, tales como la dictada en el proceso *U.S. vs. Flick*,²⁵ donde los demandados fueron acusados de haber cometido crímenes de lesa humanidad y de guerra al haber participado en el programa de trabajo esclavo, expoliado bienes públicos y privados, y ejercido presión económica antisemita para obtener propiedades.

Otro claro ejemplo es la sentencia dictada contra la empresa química industrial alemana *IG Farben*,²⁶ en la que los demandados fueron también acusados de haber participado en el programa de trabajo esclavo, de saqueo y expoliación. Sin embargo, pese a determinarse que *IG Farben* había suministrado el gas venenoso *Zyklon B* que fue utilizado para matar a los prisioneros en los campos de concentración, el tribunal absolvió a los acusados pues no se pudo establecer que eran conscientes de que sería utilizado con ese fin. Por razones similares, el tribunal llegó a la conclusión de que los acusados no podían ser declarados culpables por los experimentos médicos que utilizaban vacunas suministradas por *IG Farben* e infectadas intencionalmente en los prisioneros de campos de concentración. No obstante ello, cabe destacar que surge que la razón por la cual los acusados en este caso fueron absueltos de los cargos que se les imputaban no fue la imposibilidad de imputar a los directores de personas de existencia ideal la culpabilidad por la comisión de tales crímenes, sino la falta de pruebas que demostraran su intención de cometerlos o su conocimiento al respecto.

En el caso *Tesch*,²⁷ el Tribunal Militar británico en Hamburgo, luego de un análisis del suministro de gas *Zyklon B* a las SS, utilizado para asesinar a prisioneros en los campos de concentración, encontró a dos de los acusados culpables de la comisión de crímenes de guerra por la violación del artículo 46 del Convenio de La Haya de 1907.²⁸ En este caso, el tribunal entendió que esta disposición obliga no sólo a los Estados y a sus funcionarios, sino también a los particulares. El fallo establece claramente que se puede declarar culpables a representantes de personas de existencia ideal de la comisión de crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional aunque el lucro no sea un elemento.

Por lo expuesto precedentemente, cabe concluir que las personas de existencia ideal pueden ser partícipes de cualquiera de los mencionados crímenes y, por consiguiente, ser consideradas sujetos de derecho internacional, aunque su responsabilidad siempre se ha derivado de la conducta de personas físicas. Con todo, la atribución de responsabilidad debe limitarse a las actividades que se llevaron a cabo por cuenta o en beneficio de la persona de existencia ideal o a los casos respecto de los cuales sus agentes (directores y accionistas) actúen dentro de sus funciones, pues ella no puede ser responsable por el comportamiento de cualquiera de sus empleados.

3. La necesaria participación del Estado en los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio como generadora de responsabilidad penal de personas de existencia ideal

El debate doctrinario actual respecto de la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal por la comisión de los crímenes más graves y de trascendencia para la

²⁵ U.S. Military Tribunal IV, *U.S. v. Friedrich Flick et al.*, op. cit., p. 1190.

²⁶ U.S. Military Tribunal VI, *U.S. v. Carl Krauch et al.*, op. cit., p. 1167.

²⁷ British Military Court at Hamburg, *The Zyklon B Case, the Trial of Bruno Tesch et al.*, op. cit., p. 92.

²⁸ “Deben respetarse el honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y la práctica de los cultos. La propiedad privada no puede ser confiscada”, cf. artículo 46, Convenios de La Haya relativo a las leyes y costumbre de la guerra terrestre de 1907.

comunidad internacional se centra en la colusión entre las personas de existencia ideal y los actores estatales. Según sostienen los autores enrolados en parte de esta doctrina, las personas de existencia ideal solo podrían ser responsables penalmente en caso de haber cooperado o facilitado los medios para que los Estados cometan los mencionados crímenes.²⁹ Plantea un claro ejemplo jurisprudencial en este sentido el caso *Tel Oren v. República Árabe Libia* de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia de los Estados Unidos,³⁰ en el que el tribunal entendió, conforme lo establecido en la Ley sobre Reclamos por ilícitos contra Extranjeros,³¹ que la acción típica que conforma una infracción a la ley de las naciones deber haber sido realizadas por el autor bajo la apariencia de autoridad estatal.

El derecho internacional penal se desarrolló como reacción a las atrocidades cometidas en nombre de los Estados. En particular, debe señalarse que el derecho internacional humanitario y las leyes de la guerra entraron en vigor en sus orígenes con el objeto de regular la conducción de las hostilidades entre los ejércitos de diferentes Estados, y los crímenes de lesa humanidad y genocidio fueron incluidos en la categoría de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en respuesta a las atrocidades cometidas por el régimen nazi en Alemania. Es de destacar que, en su mayoría, en las sentencias de posguerra se hizo referencia a casos de criminalidad por parte del Estado.

En la actualidad, no obstante, goza de gran aceptación la posibilidad de que los crímenes de derecho internacional sean cometidos no solo por sujetos vinculados a un Estado, sino también por sujetos no estatales. Podemos encontrar la expresión más visible de esta evolución en las leyes de la guerra, donde la responsabilidad penal internacional actualmente surge no solo por violaciones de las normas del derecho internacional humanitario cometidas en el contexto de un conflicto armado internacional, sino también en el contexto de un conflicto armado no internacional entre las autoridades de un Estado y actores no estatales, siempre y cuando el conflicto alcance una cierta intensidad. Como consecuencia de este desarrollo, es concebible que los crímenes de guerra puedan ser cometidos sin la participación de los Estados. Un claro ejemplo en este sentido es la sentencia dictada por la Corte Penal Internacional del 14 de marzo de 2012 en el caso de *Thomas Lubanga Dyilo*,³² declara al acusado culpable del crimen de guerra de reclutamiento o alistamiento de niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, y de utilizarlos para participar activamente en hostilidades.³³

Sería posible extrapolar la evolución descrita en el párrafo precedente a las personas de existencia ideal, que entonces podrían ser responsabilizadas por la comisión de crímenes de guerra aun en ausencia de la intervención del Estado y ser consideradas sujetos de derecho internacional. Por consiguiente, una persona de existencia ideal podría ser declarada responsable, con independencia de si ha participado en crímenes cometidos por las fuerzas de un Estado o por grupos rebeldes sin vinculación o incluso opuestos al gobierno. El factor decisivo no sería la condición de su autor sino el hecho de que el acto fuera realizado en el contexto de un conflicto armado, conforme a lo

²⁹ Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes (2008).

³⁰ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Tel Oren v. República Árabe Libia*, sentencia del 3 de marzo de 1984.

³¹ US Alien Tort Claims Act [1789].

³² Corte Penal Internacional, Sala de Juicio I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, sentencia del 14 de marzo de 2012.

³³ LÓPEZ MARTÍN (2013: 210).

establecido en los elementos de estos crímenes.³⁴ El elemento clave sería el elemento contextual.

Lo mismo podría esgrimirse con respecto a los crímenes de lesa humanidad. La definición de crímenes de lesa humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que son considerados como tales cualquiera de los actos mencionados en ese artículo, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Respecto de la realización del acto por un Estado o por sujetos relacionados con un Estado, el inciso 2.a) de dicho artículo dispone que el ataque debe perpetrarse como línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos de los mencionados en este artículo contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política. Al ser este artículo lo suficientemente amplio como para abarcar cualquier tipo de organización, la comisión de estos crímenes podría ser llevada a cabo por actores no estatales.

No obstante ello, no está claro si una persona de existencia ideal puede ser considerada como organización en el sentido del artículo citado y si podría ser responsable por la comisión de un ataque contra una población civil. De ser este el caso, se podría argumentar entonces que, en teoría, ciertas prácticas comerciales, tales como la entrega de medicamentos gratuitos en países en desarrollo, que, por alguna circunstancia causaran la muerte de alguna persona, podrían ser competencia del derecho internacional penal, al margen de toda relación con el comportamiento de un Estado o de otra índole de organización. No obstante ello, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ofreció una interpretación limitada del término organización en su sentencia respecto del caso *Kupreskie*³⁵ al indicar lo siguiente:

Mientras que suelen ser los órganos del Estado quienes cometen los crímenes de lesa humanidad, por ejemplo los individuos que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales, tales como comandantes, militares, etc., puede haber casos en los que los autores sean personas físicas que no actúen como representantes estatales ni en nombre de una autoridad gubernamental. La jurisprudencia disponible parece indicar que en estos casos se requiere algún tipo de aprobación explícita o implícita o autorización de las autoridades estatales o gubernamentales, o bien que es necesario que el delito sea claramente alentado por una política gubernamental general o que encaje claramente dentro de dicha política.

Pese a que, para parte de la doctrina,³⁶ el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hizo hincapié en que la organización debe tener las mismas características que los Estados, otra parte de la doctrina, al referirse a la actividad criminal de las organizaciones terroristas, considera que, en última instancia, cualquier grupo de personas puede ser categorizado como organización si tiene a su disposición la posibilidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población

³⁴ Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él, penúltimo elemento de cada uno de los crímenes de guerra de los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional.

³⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Kupreskie, sentencia del 23 de enero de 2001.

³⁶ AMBOS (2006: 215).

civil.³⁷ Esta parte de la doctrina toma como sustento el artículo 21 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Humanidad de 1991 de la Comisión de Derecho Internacional,³⁸ que prevé una norma respecto del asesinato, la tortura y otras violaciones graves de los derechos humanos, independientemente de la condición del autor o de su organización. No obstante ello, aún no queda claro si las personas de existencia ideal pueden cumplir con el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad por el hecho de perpetrar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, en ausencia de la intervención de un Estado o un sujeto asimilable a un Estado. Esta concepción cambiaría drásticamente el carácter de los crímenes de lesa humanidad, ya que se ha desarrollado la normativa al respecto con miras a dar respuesta a la actividad criminal estatal a gran escala. Sin embargo, hoy en día, empresas tales como Xe Services LLC, Blackwater USA y Blackwater Worldwide ofrecen servicios de seguridad, protección y resguardo de personal y convoyes de provisiones al ejército de los Estados Unidos en Irak.³⁹

A diferencia de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la definición de genocidio no exige expresamente un elemento contextual; basta con la intención genocida de su autor. Sin embargo, el Tribunal Internacional para Ruanda en su sentencia respecto del caso *Kayishema y Ruzindana*⁴⁰ indicó lo siguiente:

Es también la opinión de la Sala que, a pesar de que un plan específico de destrucción no constituye un elemento del genocidio, pareciera que no es fácil llevar a cabo un genocidio sin un plan o una organización. Morris y Scharf notaron que, 'es prácticamente imposible perpetrar un genocidio sin participación alguna o con participación indirecta del Estado, dada la magnitud de este crimen'. Ellos sugirieron que 'no es necesario que una persona tenga conocimiento de todos los detalles del plan genocida o política'.

Tomando en consideración la magnitud del crimen de genocidio, es dable requerir una cierta implicación por parte de un Estado o un sujeto asimilable a un Estado, lo que vuelve prácticamente improbable que una persona de existencia ideal pudiera ser responsable de genocidio sin la participación, asistencia, connivencia o aquiescencia de un Estado o un sujeto asimilable a un Estado.⁴¹

4. Conclusión

Parte de la doctrina considera que no existen obligaciones impuestas en cabeza de las personas de existencia ideal en virtud del derecho internacional penal, pues no existen tribunales internacionales que tengan competencia en materia penal respecto de estas personas para juzgarlas y, en caso de corresponder, atribuirles responsabilidad por

³⁷ WERLE (2009: 814).

³⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1991), Vol. II, Part 2, pp. 103-104.

³⁹ Al respecto, ver CICHERO y SENES en este volumen.

⁴⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Juicio, Fiscal c. Kayishema y Ruzindana, sentencia del 21 de mayo de 1999.

⁴¹ CASSESE (1999: 144).

la comisión de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional. Sin embargo, ello no significa *per se* que las prohibiciones subyacentes a estos crímenes no sean vinculantes para estos entes. Pese a que las personas de existencia ideal no puedan ser castigadas penalmente conforme a un tratado internacional o al derecho consuetudinario actual por la realización de una determinada conducta, están obligadas por la prohibición del derecho consuetudinario a no realizar la conducta determinada y, según las características del caso, el incumplimiento de la prohibición puede dar lugar a consecuencias legales que acarreen la sanción penal.

Respecto de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional en particular (genocidio, crimen de lesa humanidad y de guerra), cabe destacar que la responsabilidad de las personas de existencia ideal podría darse aunque el lucro no sea uno de sus elementos, y se las puede considerar responsables por la comisión de cualesquiera de los mencionados crímenes, lo que llevaría a afirmar que se trata de sujetos de derecho internacional. No obstante, el elemento contextual de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como la intención específica requerida para la comisión del crimen de genocidio limitan su ámbito de aplicación y la responsabilidad siempre se derivará de la conducta de las personas físicas.

Cabe concluir que el derecho internacional penal pareciera estar en condiciones de intervenir ante la comisión de los crímenes más graves y de trascendencia para la comunidad internacional por parte de las personas de existencia ideal.

Bibliografía

Instrumentos Internacionales

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1991), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1991), Vol. II, Part 2.
- CONVENIOS DE LA HAYA RELATIVO A LAS LEYES Y COSTUMBRE DE LA GUERRA TERRESTRE DE 1907.
- 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.
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NÚREMBERG.
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA.
- LEY N° 10 DEL CONSEJO DE CONTROL ALIADO "Castigo de las Personas responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, del 20 de diciembre de 1945
- PROTOCOLO DE ENMIENDAS AL PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LA CORTE AFRICANA DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.

Jurisprudencia

- BRITISH MILITARY COURT AT HAMBURG, *The Zyklon B Case, the Trial of Bruno Tesch et al.*, 1-8 de marzo de 1946.

- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Juicio I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, sentencia del 14 de marzo de 2012.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Sala de Juicio, Fiscal c. Kayishema y Ruzindana, sentencia del 21 de mayo de 1999.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Sala de Apelaciones, The Prosecutor v. Kupreskic, sentencia del 23 de enero de 2001.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Fiscal c. Kayishema y Ruzindana, Sala de Juicio, sentencia del 21 de mayo de 1999.
- UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT, Tel Oren v. República Árabe Libia, sentencia del 3 de marzo de 1984.
- U.S. MILITARY TRIBUNAL IV, U.S. v. Friedrich Flick *et al.*, Opinion and Judgment, 22 de diciembre de 1947.
- U.S. MILITARY TRIBUNAL VI, U.S. v. Carl Krauch *et al.*, Opinion and Judgment, 30 de Julio de 1949.

Leyes nacionales

US Alien Tort Claims Act [1789].

Bibliografía Crítica o Secundaria

- AMBOS, K (2006) *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Munich: C.H. Beck.
- CASSESE, A (1999) "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *The European Journal of International Law* Vol 10, pp. 144- 171.
- CLAPHAM, A. (2006) *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford: University Press.
- CLAPHAM, A. (2008) "Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, N° 5, pp. 899- 926.
- DE SCHUTTER, O. (2006) *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Background Paper.
- EPPING, V. (2004) *Völkerrecht*, 5ta. Edición, Munich: C.H. Beck.
- FORCESE, C. (2000) "Deterring 'Militarized Commerce': The Prospect of Liability for 'Privatized' Human Rights Abuses", *Ottawa Law Review*, pp. 171- 211.
- KAMMINGA, M.T. y ZIA-ZARIFI, S. (2000) *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haya: Kluwer Law International.
- KYRIAKAKIS (2010) "Prosecuting Corporations for International Crimes: The Role for Domestic Criminal Law" en MAY, L. y HOSKINS, Z. (eds.) *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge: University Press, pp. 108- 138.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS "Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes" (2008), disponible en <https://www.icj.org/report-of-the-international-commission-of-jurists-expert-legal-panel-on-corporate-complicity-in-international-crimes/>
- LOPEZ MARTIN, A. G. (2013) "Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre reparación a las víctimas: Caso The Prosecutor c. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de agosto de 2012", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXV, N° 2.
- RAMASASTRY, A. y THOMPSON, R. (2006) "Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A Survey of Sixteen Countries", Fafo Report 536.

PRADEL, J (2008) *“Droit penal compare”*, 3ra Edición, Paris: Dalloz.

SCHMIDT, T (2015) *“Crimes of Business in International Law. Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the International Criminal Court”*, 1ra. edición, Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

WERLE, G. (2009) *“Principles of International Criminal Law”*, 2da. Edición, La Haya: Asser Press.

Los tribunales penales internacionales: ¿Sujetos de derecho internacional y/o entidades *sui generis*?

Carolina Anello

El siglo XX se ha caracterizado por el establecimiento de tribunales penales internacionales creados con el objeto de investigar y juzgar a aquellos individuos responsables por la comisión de los crímenes más aberrantes para la comunidad internacional y así, poner fin a la impunidad. Ejemplo de ello son el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (en adelante, “TMIN”), el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente o de Tokio (en adelante, “TMIT”), los Tribunales Penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda (en adelante, “TPIY” y “TPIR”, respectivamente) y la Corte Penal Internacional (en adelante, “Corte” o “CPI”).

En otras situaciones, los Estados han optado por establecer tribunales penales internacionalizados o de carácter mixto, como los Paneles Especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental, las “Salas de la Norma 64” en los Tribunales de Kosovo, la Corte Especial para Sierra Leona (en adelante, “CESL”), las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (en adelante, “SECC”), el Tribunal Especial para El Líbano (en adelante, “TEL”), la Sala sobre Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia y Herzegovina y las Salas Extraordinarias de África en las cortes de Senegal. Algunas de estas jurisdicciones presentan características similares entre sí, mientras que otras difieren en cuanto a la forma en la que fueron establecidas, su estructura, competencia e integración.

Estos tribunales han sido creados a partir de un tratado internacional o por medio de una resolución del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, “ONU”), algunos establecidos de manera *ad hoc* y, en el caso de la CPI, con carácter permanente. Además, se advierte en sus instrumentos constitutivos que a la CPI y a algunos tribunales penales internacionalizados se les ha conferido personalidad jurídica internacional y a otros no.

Por ello, a fin de poder determinar si los tribunales penales internacionales son sujetos de derecho internacional, resultará importante analizar los instrumentos constitutivos –frecuentemente denominados Estatutos– de cada uno de ellos, con el propósito de verificar el alcance de los derechos y obligaciones que poseen y que les fueron conferidos por quienes los crearon, más allá del estatus expresamente dado en cada caso particular.

Para alcanzar este objetivo, en primer lugar, se realizará una breve aproximación a la noción de subjetividad en el derecho internacional y, en particular, de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales a los fines de demostrar la existencia de características similares a las de los tribunales penales internacionales. A continuación, se analizarán los motivos (fuentes materiales) que llevaron a los Estados a la creación de estos tribunales, para luego estudiar sus principales funciones y características para poder determinar si todos ellos gozan de personalidad jurídica internacional, de acuerdo a la concepción tradicional de la subjetividad internacional y,

si en definitiva, es necesaria esa condición para cumplir con las funciones para las cuales fueron establecidos.

La pregunta entonces sería si resulta necesario conferirles personalidad jurídica internacional expresamente en sus estatutos para cumplir las funciones para las cuales fueron creados, es decir reconocerles subjetividad internacional, o si es suficiente dotarlos de aquellas atribuciones y facultades imprescindibles para la concreción de sus fines, esto es, la investigación y juzgamiento de los individuos responsables por la presunta comisión de crímenes internacionales y/o también delitos nacionales en el caso de los tribunales penales internacionalizados.

I. Concepciones generales de la subjetividad internacional: El Estado y las organizaciones internacionales

En el derecho internacional, principalmente estatal, aún prevalece la concepción westfaliana que considera al Estado como sujeto primario y originario con capacidad plena para ejercer sus derechos y contraer obligaciones.¹ DIEZ DE VELASCO considera que la personalidad jurídica internacional abarca también la posibilidad de hacer valer internacionalmente dichos derechos y de responder, también internacionalmente, en caso de violación de esas obligaciones, es decir, la capacidad para reclamar el cumplimiento de sus derechos y obligaciones internacionales en el ámbito internacional.²

Ahora bien, con el objeto de analizar si se puede considerar a los tribunales penales internacionales como sujetos de derecho internacional, resulta conveniente realizar una aproximación general a la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales –sin que ello signifique un trabajo exhaustivo sobre el tema–³ debido a que estos tribunales podrían ser creados como organizaciones internacionales o entes similares a ellas en cuanto a sus características.

A fines del siglo XIX, con la creación de las primeras organizaciones interestatales, surge también el reconocimiento de aquellas como sujetos de derecho internacional. La personalidad jurídica de las organizaciones internacionales dependerá inicialmente de la voluntad de los Estados que las crean a través de su instrumento constitutivo, quienes las dotarán de una capacidad jurídica limitada en razón del objetivo para el que han sido instituidas, con un carácter secundario y funcional.⁴

En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁵ y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales,⁶ ambas en su artículo 2.1.i, definen a las organizaciones internacionales como aquellas organizaciones intergubernamentales. En general, se crean a través de un tratado en el que se determina

¹ MONCAYO, VINUESA y GUTIERREZ POSSE (1997: 15- 16) y BARBERIS, ARMAS PFIRTER, Y QUEROL (1999: 20).

² DIEZ DE VELASCO (1999:65); SHAW (2008: 195) y BROWNLIE (2003: 57).

³ Para un estudio más desarrollado sobre el tema ver: DIEZ DE VELASCO (1999) y KLABBERS (2015), entre muchos otros.

⁴ BROWNLIE (1998: 57- 58); JENNINGS. & WATTS (1996: 119- 120); DIEZ DE VELASCO (1999: 73).

⁵ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Adoptada en Viena, el 23 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980.

⁶ Adoptada en Viena, el 21 de marzo de 1986. Aun no está en vigor.

su estatus, función y características principales. Se trata de entidades que poseen una participación en el escenario internacional plena o restringida, con sus propios órganos permanentes y personalidad jurídica distinta a los Estados que las establecieron. Para poder determinar la existencia de una organización internacional, varios autores han intentado enumerar o identificar ciertas características que deben poseer estas entidades; entre ellas se destacan la capacidad para contraer obligaciones, para demandar y ser demandado, de adquirir sus propias propiedades, y el hecho de tener una voluntad distinta a los Estados que la crearon que se traduce en la capacidad de tomar decisiones.⁷

En el caso de aquellas organizaciones que no han sido dotadas expresamente de personalidad jurídica internacional en su tratado constitutivo, se les ha reconocido igualmente ese estatus. La Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ") en la Opinión Consultiva sobre *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* adoptada en 1949⁸ le reconoció personalidad jurídica internacional a las organizaciones internacionales vinculada a su carácter funcional. En particular, se refirió a la subjetividad de la propia ONU que, si bien no lo dice expresamente la Carta de Naciones Unidas, debe ser considerada sujeto de derecho internacional por ser la consecuencia necesaria para el ejercicio de sus funciones y el goce de ciertos derechos que solo pueden ser explicados con la posesión de las características de la personalidad jurídica internacional y de la capacidad de operar en el plano internacional.⁹ También se instituyó a partir de aquí la doctrina de los poderes implícitos que gozan las organizaciones internacionales, esto es aquellas facultades que no se encuentran expresamente previstas en el tratado constitutivo pero que, sin embargo, son necesarias para desempeñar adecuadamente sus funciones.¹⁰

En otra opinión consultiva, la CIJ expresó que los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales son tratados multilaterales con características particulares, ya que su objetivo es crear nuevos sujetos de derecho dotados de cierta autonomía, a los que las partes le han confiado la tarea de alcanzar objetivos comunes. Estos tratados pueden presentar problemas específicos de interpretación debido a su naturaleza convencional y a la misma vez institucional.¹¹

En este sentido, en doctrina la posición mayoritaria considera que la personalidad jurídica internacional deriva de la voluntad de los Estados parte cuando así lo expresan en el tratado constitutivo. Así, DIEZ DE VELASCO considera que:

“el fundamento de las competencias internacionales de una Organización se encuentra en las ‘reglas de la organización’, que se hallan básicamente contenidas en los instrumentos constitutivos de la organización, en sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y en su práctica establecida”.¹²

⁷ HIGGINS (1993: 76-77).

⁸ 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*, p. 174.

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, op.cit., p.179.

¹⁰ ENGSTROM (2003: 129 y ss).

¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, p. 74-75.

¹² DIEZ DE VELASCO (1999: 67).

También esa voluntad podría derivarse de otras disposiciones del tratado constitutivo como aquellas que reconocen la facultad de celebrar acuerdos o inmunidades.¹³

Otra característica a tener en cuenta en el estudio de las organizaciones internacionales es la responsabilidad por la violación de normas internacionales. En el caso en que no se haya dotado de personalidad jurídica a estas entidades, quienes deberían responder por los hechos internacionalmente ilícitos son sus miembros.¹⁴ Sin embargo, no siempre una organización internacional será totalmente responsable por sus hechos ilícitos; esto dependerá de su tratado constitutivo, ya que en él los Estados miembros pueden tener una responsabilidad concurrente o secundaria.¹⁵ Esta cuestión resulta controvertida entre la doctrina: mientras que unos opinan que la personalidad jurídica internacional de una organización sólo es oponible a sus miembros, otros consideran que lo anterior equivaldría a ignorar el objetivo de la subjetividad internacional. Si una organización ha sido dotada de ese atributo significa que la personalidad jurídica internacional existe y su alcance será erga omnes; esta sería una realidad objetiva y no una cuestión de reconocimiento. Sin embargo, esto ha ocurrido en casos excepcionales, como es el caso de la ONU, en la que se ha reconocido que esta posee una personalidad jurídica objetiva y no sólo para los miembros de la organización.¹⁶

Ahora bien, en la actualidad se puede afirmar sin lugar a dudas que las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional; sin embargo, en el caso de los tribunales penales internacionales esta ecuación no sería tan simple. Por este motivo, en el próximo apartado se analizarán los motivos que llevaron a los Estados a crear este tipo de mecanismos a nivel internacional y las características propias de cada uno de ellos a los fines de poder determinar las consecuencias que ello tiene respecto de su subjetividad.

2. La personalidad jurídica de los Tribunales Penales Internacionales

El creciente desarrollo del derecho internacional penal trajo consigo la instauración de tribunales penales internacionales a los fines de investigar, juzgar y sancionar a los individuos presuntamente responsables por la comisión de crímenes internacionales, no solo con el objeto de poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes, sino también para contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.¹⁷ Estas conductas ilícitas suponen la violación de valores esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, tales como los crímenes de guerra, de genocidio, de lesa humanidad y de agresión.

A estos fines, primero, se establecieron tribunales penales internacionales ad hoc y luego se logró la institucionalización de estos mecanismos a través de la creación de la Corte Penal Internacional, permanente e independiente de los Estados que participaron de su creación.

¹³ MARTINES (2002: 206- 207).

¹⁴ HIGGINS (1993: 77- 78).

¹⁵ DIEZ DE VELAZCO (1999: 83- 84).

¹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, op.cit., p.185.

¹⁷ ESTATUTO DE ROMA, Preámbulo, 6º párrafo. También OLASOLO (2016: 102).

El debate se centra en considerar si solo con la voluntad de los Estados que participaron del establecimiento de estas jurisdicciones reconociéndoles en su tratado constitutivo personalidad jurídica internacional resulta suficiente para determinar que los tribunales penales internacionales efectivamente son sujetos de derecho internacional. Asimismo, corresponde analizar en la práctica qué diferencias existen respecto de aquellos casos en los que no gozan de personalidad jurídica expresa.

En este sentido, parte de la doctrina afirma que la subjetividad internacional de estos tribunales estaría dada por las capacidades y funciones que los Estados parte les otorgaron en su tratado constitutivo, más allá de la existencia de una disposición específica que así lo disponga, mientras que otros señalan como suficiente la voluntad expresa en sus estatutos a través de una norma que establezca su personalidad jurídica internacional.¹⁸

La forma en que ha sido establecida también determina la naturaleza jurídica de una institución. Así, un tribunal penal internacional puede ser creado por medio de un tratado que le reconoce expresamente subjetividad internacional o en el que no se mencione tal característica —como recién se afirmó—, mediante una resolución del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de Naciones Unidas, o a través de una enmienda a la Carta de ONU donde se instituya un nuevo órgano. En estos dos últimos supuestos, la jurisdicción creada no tendría una personalidad jurídica distinta de la organización que la creó.¹⁹

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional estableció las primeras jurisdicciones penales internacionales que efectivamente ejercieron funciones; la primera, el TMIN para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del Eje Europeo, creado por Estados Unidos de América, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945. La segunda, el TMIT, creado por el Comandante en Jefe de las tropas de ocupación en el Japón para juzgar los crímenes cometidos por los principales jefes militares del Lejano Oriente.²⁰ La mayoría de la doctrina caracterizó estos tribunales como órganos comunes de las potencias que los establecieron, por lo que no fueron reconocidos como sujetos de derecho internacional.²¹

Posteriormente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas determinó formalmente que las situaciones en el territorio de la ex Yugoslavia y en Ruanda constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. En consecuencia, este órgano instituyó dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, de acuerdo a las facultades que le otorga el Capítulo VII de la Carta. Mediante resolución 808 del 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad decidió establecer el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones

¹⁸ MARTINES (2002: 206).

¹⁹ RÜCKERT, W. (2008: 121).

²⁰ El Estatuto del Tribunal de Nüremberg figura como anexo del “Acuerdo para la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra y las potencias europeas”, Londres, 8 de agosto de 1945, UNTS, Vol. 82, N° 251, pp. 285 y ss. Puede consultarse en: www.icrc.org. El 19 de enero de 1946, el Comandante en Jefe de las tropas de ocupación en el Japón, estableció el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. A su vez, referencias sobre este tratado y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, pueden consultarse en BASSIOUNI, M. C. (1999) *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1- 40.

²¹ CABEZUDO RODRIGUEZ (2002: 22).

graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. El tribunal tiene competencia para conocer las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949; las violaciones a las leyes o usos de la guerra; el genocidio; y los crímenes de lesa humanidad.

Un año después, siempre con fundamento en el Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 955 (1994), por la que decidió establecer un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 y, con este fin, aprobó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que figura en el anexo de esa resolución.

En el caso de estos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* se trataba de organismos subsidiarios de la Organización de Naciones Unidas (*cf.* artículo 29 de la Carta ONU) que no poseían una subjetividad internacional independiente de ésta última pues fueron creados por el Consejo de Seguridad a través de las resoluciones adoptadas sobre la base del Capítulo VII de la Carta. Si bien poseían capacidad para celebrar tratados con Estados, al igual que otros órganos subsidiarios de Naciones Unidas, esto no significa que tuvieran personalidad jurídica internacional independiente.

Estos tribunales contaban con capacidad, de acuerdo a sus estatutos constitutivos, para juzgar a individuos responsables por la comisión de crímenes internacionales, llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos, realizar medidas de cooperación para la detención y entrega de un acusado, y para adoptar sus propias reglas de procedimiento y prueba.

Finalmente, con la adopción del Estatuto mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional²² (en adelante, “Estatuto de Roma” o “ER”) se consagra la instauración de la primera jurisdicción penal internacional permanente, con carácter de universalidad, autónoma e independiente de la ONU, complementaria de las jurisdicciones penales nacionales²³ y facultada para juzgar a los individuos que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o agresión.²⁴

Para ello, los Estados la dotaron de personalidad jurídica internacional en el artículo 4 del ER a los fines de poder cumplir con las funciones para las que se la creó, y de la capacidad necesaria para la realización de sus propósitos.²⁵

Como se mencionó anteriormente, la forma en que ha sido establecida una jurisdicción resulta determinante en cuanto a la naturaleza jurídica que posee. Por lo tanto, los diversos mecanismos alternativos que los Estados pudieron haber adoptado,

²²U.N. Doc. A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 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. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002 y al 21 de agosto de 2010 cuenta con 123 Estados partes.

²³ESTATUTO DE ROMA, artículo 1 y artículo 17.

²⁴ESTATUTO DE ROMA, artículo 5.

²⁵ESTATUTO DE ROMA, artículo 4: “Condición jurídica y atribuciones de la Corte: 1. La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos. 2. La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado”.

habrían dado nacimiento a una Corte diferente.²⁶ La CPI fue creada a través de un tratado, es independiente de los Estados que participaron de su establecimiento y de sus miembros y, en contraste con los tribunales penales internacionales *ad hoc*, según afirma DIEZ DE VELAZCO, se trata en sí misma de una organización internacional que posee su propia personalidad jurídica a los fines de reforzar tanto su permanencia como independencia.²⁷

Ahora bien, cierto es que, más allá de la mención expresa, la CPI posee funciones y atribuciones propias de un sujeto de derecho internacional, que difieren de las capacidades que les han sido otorgadas a los tribunales *ad hoc* ya mencionados. Así, el Estatuto la habilita para concluir acuerdos con las Naciones Unidas,²⁸ con el Estado anfitrión²⁹ y con otros Estados no Parte en ese tratado a los fines de prestar cooperación internacional y/o asistencia judicial en un caso concreto,³⁰ quedando de esta forma reflejada su capacidad para concluir acuerdos con Organizaciones Internacionales y con Estados. La CPI está facultada para investigar y llevar a cabo un juicio por crímenes que se hayan cometido en el territorio o por un nacional de un Estado parte;³¹ sin embargo, también podría ejercer su competencia cuando un Estado no Parte así lo haya manifestado en una declaración³² o cuando el Consejo de Seguridad le remita una situación para su investigación.³³ Asimismo, la Corte dispone de un sistema institucional y de financiamiento propio, sus órganos gozan de la capacidad de extraer determinadas pruebas no coercitivas en el territorio de un Estado parte,³⁴ y sus funcionarios gozan de los privilegios e inmunidades en el territorio de cada uno de los Estados miembros,³⁵ entre otras. Estas capacidades, junto con la de concluir acuerdos con Organizaciones Internacionales y con Estados,³⁶ constituyen manifestaciones de la personalidad jurídica de la CPI, que la señalan, sin lugar a dudas, como un sujeto de derecho internacional. En consecuencia, se trataría de “facultades inherentes” de un tribunal de justicia que deben necesariamente tener a los fines de administrar justicia.³⁷

Más aun, la CPI está compuesta por diversos órganos: la Presidencia, la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia, la Sala de Cuestiones Preliminares, la Fiscalía y la Secretaría,³⁸ lo que la asemeja a una organización internacional. A su vez, se estableció la Asamblea de Estados parte, integrada por un representante de los Estados que son Parte del Estatuto de Roma y sus funciones son legislativas y de supervisión de la gestión de la Corte.³⁹ Por todas estas características, se podría afirmar que, aun en

²⁶ RÜCKERT (2008: 121).

²⁷ DIEZ DE VELASCO (1999: 429- 430).

²⁸ ESTATUTO DE ROMA, artículo 2.

²⁹ ESTATUTO DE ROMA, artículo 3.

³⁰ ESTATUTO DE ROMA, artículo 87.5.

³¹ ESTATUTO DE ROMA, artículo 12.2.a y b.

³² ESTATUTO DE ROMA, artículo 12.3.

³³ ESTATUTO DE ROMA, artículo 13.b.

³⁴ ESTATUTO DE ROMA, artículo 112.

³⁵ ESTATUTO DE ROMA, artículo 48.

³⁶ El propio artículo 4 del Estatuto de Roma establece que: “La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado”. También en el Reglamento de la Corte (ICC-BD/01-01-04), la norma 107 dispone la posibilidad de realizar acuerdos de cooperación entre la Corte y un Estado que no sea Parte del Estatuto o con cualquier una organización intergubernamental.

³⁷ PIKIS (2010: 22).

³⁸ ESTATUTO DE ROMA, artículo 34.

³⁹ ESTATUTO DE ROMA, artículo 112.

ausencia del artículo 4 ER, la CPI gozaría, de todas formas, de personalidad jurídica internacional.

Por otra parte, algunos autores afirman que la condición de la CPI como organización internacional no es relevante a los efectos de su funcionamiento porque esta igual gozaría de subjetividad internacional, pues ha sido dotada de capacidades para ser considerada como tal, como ser: la facultad de firmar tratados, el derecho de establecer relaciones diplomáticas y la responsabilidad internacional activa y pasiva que goza. Por lo tanto, no resulta imprescindible asimilarla a una organización internacional, aunque en el caso de así clasificarla, se trataría de una organización internacional para la paz, entendiendo ese término como directamente vinculado al de justicia complementando así al sistema de justicia penal colectiva.⁴⁰

Además, la CPI contiene elementos supranacionales, como la facultad del Fiscal de llevar a cabo medidas específicas de investigación en el territorio de un Estado sin la presencia de las autoridades nacionales,⁴¹ la aplicación del Estatuto de Roma por las autoridades nacionales cuando se hace efectiva una orden de arresto emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares,⁴² el juzgamiento establecido por el ER, y el mecanismo dispuesto en los casos de falta de cooperación por parte de los Estados con la Corte⁴³ y la propia sentencia. Todos ellos constituyen en sí mismos elementos de supranacionalidad que fortalecen el argumento a favor del reconocimiento de la Corte como un sujeto de derecho internacional.

En consecuencia, el artículo 4 del ER podría ser considerado una norma residual ya que le permitiría a la CPI asumir poderes implícitos de acuerdo a su propia naturaleza para cumplir con las funciones para las cuales fue creada y podría ser invocada para completar aquellas lagunas que el Estatuto no resuelve expresamente.⁴⁴ Así, la Corte en aplicación de esos poderes inherentes o implícitos decidió sobre diversas cuestiones, tales como, la alteración de ciertos documentos emitidos por la Sala de Cuestiones Preliminares,⁴⁵ la suspensión de un procedimiento en la etapa de juicio,⁴⁶ la facultad de informar al Consejo de Seguridad en los casos de falta de cooperación de un Estado no Parte,⁴⁷ entre muchos otros.⁴⁸

⁴⁰ LÜDER (2002: 85).

⁴¹ ESTATUTO DE ROMA, artículo 99.4. Para profundizar este tema ver: KAUL & KREB (1999: 168- 169).

⁴² ESTATUTO DE ROMA, artículo 59.4.

⁴³ ESTATUTO DE ROMA, artículo 87.5.b y 87.7.

⁴⁴ PIKIS (2010:22). También en el Reglamento de la Corte ICC-BD/01-01-04, las normas 28.3 y 29.5 del Estatuto de Roma.

⁴⁵ Fiscal v. Kony *et al.*, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on the Prosecutor’s Urgent Application Dated 26 September 2005*”, ICC-02/04-01/05, 27 de septiembre de 2005.

⁴⁶ Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Apelaciones, “*Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’*”, ICC-01/04-01/06-1486, 21 de octubre de 2008, para. 76, y Fiscal v. Kenyatta, Sala de Primera Instancia V, “*Decision on defence application pursuant to Article 64(4) and related requests*”, ICC-01/09-02/11-728, 26 de abril de 2013, para. 74.

⁴⁷ Fiscal v. Harun *et al.* Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision informing the United Nations Security Council about the lack of cooperation by the republic of the Sudan*”, ICC-02/05-01/07, 25 de mayo de 2010, p. 6.

⁴⁸ ENGSTRÖM, V. (2017) “Article 4(2) - The Court may exercise its functions and powers, as provided in this Statute...” en Case Matrix Network, ICC Commentary (CLICC), disponible en

Por lo tanto, la personalidad jurídica internacional de la Corte proviene de la voluntad establecida de los Estados en el Estatuto de Roma, donde además de conferirle las características propias de una organización internacional, le otorgaron la facultad de adquirir los derechos desarrollados en este apartado y la capacidad de contraer obligaciones en el ámbito internacional.

En cuanto al alcance del reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales, esto es, si posee efectos *erga omnes* o se limita a los Estados miembros, en el caso de la CPI, si bien las normas del ER son principalmente obligatorias para los Estados parte, algunas disposiciones podrían tener efecto sobre Estados no parte —como por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad que remiten una situación para que sea investigada por la Fiscalía de la Corte—.⁴⁹ Cabe señalar que en este sentido, se ha afirmado que los propósitos y fines establecidos en el Preámbulo del ER tienen carácter *erga omnes*,⁵⁰ tales como el juzgamiento de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, es decir, crímenes de naturaleza *ius cogens*.⁵¹

Recientemente, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en una resolución en la que debió responder una consulta de la Fiscal sobre si la CPI podría ejercer jurisdicción sobre la deportación de miembros de la población Rohingya desde Myanmar (Estado no Parte del ER) a Bangladesh (Estado parte del ER) de acuerdo con el artículo 19.3 del ER, afirmó que la personalidad jurídica internacional de la Corte es de naturaleza objetiva. En su análisis, en primer lugar, determinó que la Corte tenía la facultad de responder a esa solicitud en virtud del artículo 119.1 del ER y del principio general del derecho internacional de la “competencia de la propia competencia”. Luego, la Sala dedicó un apartado especial para analizar la personalidad jurídica internacional de la CPI en la que recordó lo sostenido por la CIJ en la Opinión Consultiva sobre *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, respecto a la legitimación activa de esa jurisdicción, al alcance de su competencia sobre los Estados no Parte de la ONU y al carácter *erga omnes* del objeto y fin de la Carta. Además, destacó que la personalidad jurídica objetiva de la ONU asiste a la CPI para ejercer sus funciones sobre aquellos Estados no Parte del Estatuto.⁵² Más aun, la Sala manifestó que el Estatuto de Roma podría tener efectos sobre Estados no parte de acuerdo a principios generales del derecho internacional que surgen de a) ciertas características generales del Estatuto (tales como el carácter *erga omnes* de algunos de los propósitos de la CPI establecidos en el preámbulo del ER, de algunas disposiciones del Estatuto tomadas textualmente de los tratados ratificados casi universalmente y de otras normas contenidas en el Estatuto que reflejan interpretaciones judiciales bien establecidas de las leyes de la guerra de los tribunales penales internacionales y de algunos tribunales híbridos); b) la aplicación de ciertas disposiciones del Estatuto que solo podría producir

<https://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-1/#c3145> (último acceso: 24/09/2018).

⁴⁹ ESTATUTO DE ROMA, artículo 13.b. El Consejo de Seguridad, Resolución 1593 (2005) (Situación de Darfur en Sudán) y Resolución 1970 (2011) (Situación de Libia).

⁵⁰ Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”*”, ICC-RoC.46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018, p. 25.

⁵¹ LÜDER (2002: 85).

⁵² Esto ocurre cuando el Consejo de Seguridad sobre la base del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas remite una situación de un Estado no Parte del Estatuto de Roma a la CPI, y en esa decisión tiene la obligación de cooperar con la Corte.

efectos sobre Estados no Parte; y c) esos efectos pueden manifestarse como resultado de la decisión de los Estados que no son parte del Estatuto (incluyendo los miembros permanentes del Consejo de Seguridad) de cooperar con la CPI.

Sobre esa base, la Sala afirmó que más de 120 Estados, que representan la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional, tienen el poder, de conformidad con el derecho internacional, de crear una entidad llamada "Corte Penal Internacional", que posee personalidad internacional objetiva, y no una personalidad reconocida únicamente por ellos, junto con la capacidad de actuar contra la impunidad de los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto y que complementa las jurisdicciones penales nacionales. Por lo tanto, sostuvo que la existencia de la CPI es un hecho objetivo. En otras palabras, se trata de una entidad jurídico-judicial-institucional que se ha comprometido y cooperado no solo con los Estados partes, sino también con un gran número de Estados que no son partes en el Estatuto, sean firmantes o no.⁵³

Sin embargo, señaló que ello no implica una jurisdicción *erga omnes* automática o incondicional, pues su jurisdicción debe determinarse de conformidad con los límites del Estatuto de Roma.⁵⁴

Por último, cabe hacer mención a la creación de los tribunales penales internacionalizados, también llamados mixtos o híbridos. Se trata de jurisdicciones *ad hoc* que poseen elementos de derecho internacional y de derecho interno y, por lo tanto, resulta novedoso, o por lo menos interesante, hacer algunas disquisiciones en lo que hace a la subjetividad internacional de estas jurisdicciones.

En general fueron constituidas por una resolución del Consejo de Seguridad o por acuerdo entre los Estados y la ONU, como es el caso de los Paneles Especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental, las "Salas de la Norma 64" en los Tribunales de Kosovo, la CESL, las SECC, el TEL, la Sala sobre Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia y Herzegovina y las Salas Extraordinarias de África en las cortes de Senegal. Todas ellas, creadas para investigar y juzgar aquellas violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cuando el Estado involucrado se ve imposibilitado por sí mismo a llevar a cabo esos procedimientos.⁵⁵ También en doctrina se ha señalado que algunas de ellas fueron pensadas para evitar las dificultades de los tribunales puramente domésticos y los procedimientos exclusivamente internacionales y,

⁵³ El original en inglés dice: "In the light of the foregoing, it is the view of the Chamber that more than 120 States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity called the "International Criminal Court", possessing objective international personality, and not merely personality recognized by them alone, together with the capacity to act against impunity for the most serious crimes of concern to the international community as a whole and which is complementary to national criminal jurisdictions. Thus, the existence of the ICC is an objective fact. In other words, it is a legal-judicial-institutional entity which has engaged and cooperated not only with States Parties, but with a large number of States not Party to the Statute as well, whether signatories or not". Cf. Sala de Cuestiones Preliminares I, "Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", ICC-RoC46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018, p. 29, párr. 48.

⁵⁴ Con respecto al fondo de la solicitud de la Fiscal, la Sala resolvió que la Corte podría ejercer su jurisdicción sobre el crimen de lesa humanidad de deportación de miembros de la población Rohingya ocurrido en el territorio de Myanmar (Estado no parte del Estatuto) pues un elemento de ese crimen (cruzar la frontera de un Estado) se habría llevado a cabo en el territorio de Bangladesh (Estado parte del Estatuto). Cf. Sala de Cuestiones Preliminares I, "Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", ICC-RoC46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018.

⁵⁵ GEISS (2006: 52).

a su vez, para superar las deficiencias de cada uno de estos dos ámbitos;⁵⁶ aunque resulta importante destacar que, en algunos casos, la CPI no podría haber intervenido pues no tenía competencia temporal o material para entender sobre algunas situaciones, como por ejemplo en la investigación de algunos delitos nacionales o los crímenes que se cometieron con anterioridad al 1º de julio de 2002, fecha de la entrada en vigor del ER.

Ahora bien, en cuanto al objeto de estudio de este trabajo y tal como se analizó respecto de los tribunales *ad hoc* y la CPI, a los fines de determinar si estas jurisdicciones híbridas pueden ser consideradas como sujetos, resulta importante destacar que sólo a dos de ellas se les ha otorgado personalidad jurídica internacional en forma expresa –en los casos de la CESL⁵⁷ y al TEL;⁵⁸ mientras que otros tribunales internacionalizados como las SECC,⁵⁹ los Paneles Especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental,⁶⁰ la Sala sobre Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia y Herzegovina, las “Salas de la Norma 64” en los Tribunales de Kósovo⁶¹ y las Salas Extraordinarias de África en las cortes de Senegal⁶² cuentan con mayores elementos nacionales y fueron implementados en los sistemas jurídicos nacionales de cada uno de los Estados al que pertenecen. Ello coincide con que estos tribunales no fueron reconocidos como sujetos de derecho internacional en forma expresa. Por lo tanto, si bien se ha creado a estos últimos con algunos elementos internacionales, como jueces y

⁵⁶ NOUWEN (2006: 190- 191); RATNER; ABRAMS y BISCHOFF (2009: 248). También sobre el tema ver KINGSBURY (1999: 679-696); ALFORD (2000: 160-165).

⁵⁷ Establecida el 16 de enero de 2002 por medio de un acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona a los fines de juzgar a los individuos que hayan cometido crímenes de guerra, de lesa humanidad y los crímenes graves tipificados en la legislación nacional, en el territorio de ese país a partir del 30 de noviembre de 1996. Este tribunal se creó a instancias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que mediante la resolución 1315 (2000) del 14 de agosto de 2000, encomendó al Secretario General la negociación de un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para la institución de un tribunal especial encargado de juzgar las atrocidades que se cometieron en el territorio de ese país luego de varios años de guerra civil. El Secretario General de Naciones Unidas presentó su informe sobre el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona el 4 de octubre de 2000 (S/2000/915) donde consta en anexo el Proyecto del acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona.

⁵⁸ Consejo de Seguridad, Resolución 1757/2007, del 30 de mayo de 2007. El TEL se estableció a los fines de enjuiciar a los responsables del atentado que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras 22 personas. Su personalidad jurídica internacional se evidencia a través de la facultad de celebrar contratos, adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos; interponer acciones judiciales, y celebrar los acuerdos con Estados que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y para su funcionamiento de conformidad con su estatuto. Estas características, junto con la forma de su establecimiento –mediante una resolución del Consejo de Seguridad en base al Capítulo VII–, y las cuestiones de fondo, le brindan el carácter internacional que posee. Sin embargo, su competencia en razón de la materia o la legislación aplicable siguen siendo de carácter nacional. Sobre su carácter internacional, ver SCHABAS (2008: 513- 528).

⁵⁹ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Real Gobierno de Camboya en relación con el enjuiciamiento conforme a la Ley de Camboya de los crímenes cometidos durante el período de la República de Kampuchea, 6 de junio de 2003. Estatuto de las SETC en la Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya (NS/RKM/080/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004.

⁶⁰ Organización de las Naciones Unidas, Administración Transicional de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET), Reglamento 2000/15, 6 de junio de 2000 (UNTAET/REG/2000/15).

⁶¹ Organización de las Naciones Unidas, Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kósovo (UNMIK), Reglamento 2000/64, 15 de diciembre de 2000 (UNMIK/REG/2000/64).

⁶² Unión Africana y Gobierno de Senegal (2012). *Accord entre le Gouvernement de la Republic de Senegal et l'Union Africaine sur la creation de Chambres Africaines Extraordinaires au Sein des Jurisdiction Senegalaises*, 22 de agosto de 2012.

fiscales (que trabajan junto con los nacionales), entre otras características, estos tribunales no poseen en general derechos y obligaciones en el ámbito internacional para afirmar que efectivamente son sujetos de derecho internacional, aunque, sin lugar a dudas, conforman junto con los tribunales penales internacionales un avance excepcional en el objetivo primordial de poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales.

En conclusión, luego de analizar las características y formas de establecimiento de estos tribunales penales internacionales *–ad hoc* o de carácter permanente– y de los tribunales internacionalizados, se puede afirmar que cada uno de ellos será dotado de personalidad jurídica internacional de acuerdo a la voluntad de los Estados que los crean y el alcance de sus capacidades será en función de los objetivos para los cuales fueron establecidos.

3. Reflexiones finales

El desarrollo del derecho internacional penal trajo consigo la tipificación convencional y/o consuetudinaria de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto así como también el establecimiento de mecanismos internacionales con competencia para investigar y sancionar esas conductas ilícitas.

Así, los Estados crearon jurisdicciones penales internacionales, como los mencionados en este trabajo –el TMIN, el TMIT, TPIY, el TPIR y la CPI–. Algunas han sido establecidas a través de tratados adoptados por las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, otros, de manera *ad hoc* por decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU sobre la base del Capítulo VII de la Carta, hasta que, finalmente en 1998, los Estados crearon una Corte Penal Internacional de carácter permanente, instituida como una organización internacional y con personalidad jurídica propia para actuar en el ámbito internacional y cumplir con los objetivos para los cuales fue creada.

La práctica indica que estos tribunales penales internacionales –algunos considerados como organizaciones internacionales y otros como entidades *sui generis*– han sido dotados de personalidad jurídica internacional, en forma expresa o implícita a través de las facultades necesarias para poder cumplir las funciones para las cuales fueron creados. Esto significa que las jurisdicciones penales internacionales que posean las características propias para ser consideradas organizaciones internacionales serán, en sí mismas, sujetos de derecho internacional aunque su tratado constitutivo no lo mencione expresamente debido a su reconocimiento como tal en el derecho internacional. Asimismo, aquellos tribunales que han recibido ciertas facultades y atribuciones propias para la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales y que, a su vez, de sus estatutos se infiera la capacidad para adquirir ciertos derechos y contraer obligaciones en el ámbito internacional tendrán también personalidad jurídica internacional. Sin lugar a dudas existen diferencias visibles entre estos y aquellos que tienen un componente nacional como los mencionados tribunales internacionalizados que, si bien algunos fueron directamente creados con personalidad jurídica internacional, otros contienen características de un tribunal nacional, por ejemplo, al ser creados en salas especiales de la máxima autoridad judicial del Estado, por lo que la existencia de un asesor internacional no dotaría a esa jurisdicción del carácter de sujeto de derecho internacional.

Por lo tanto, más allá del reconocimiento o no de estas jurisdicciones como sujetos del derecho internacional, en su concepción más tradicional, cabría afirmar su participación en el escenario internacional y que su funcionamiento y actividad, podrían generar cuanto menos la responsabilidad penal internacional de los individuos que cometieron crímenes internacionales, y de esta manera, estos tribunales contribuyen con la intención primigenia, de evitar la impunidad de las conductas más aberrantes para la comunidad internacional en su conjunto.

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.

REGLAMENTO DE LA CORTE, ICC-BD/01-01-04. Aprobado por los magistrados de la Corte el día 26 de mayo de 2004. Quinta sesión plenaria, La Haya, 17- 28 de mayo de 2004. Documentos oficiales de la Corte Penal Internacional.

Jurisprudencia

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*

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados*, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal v. Kony *et al.*, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on the Prosecutor’s Urgent Application Dated 26 September 2005*”, ICC-02/04-01/05, 27 de septiembre de 2005.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Apelaciones, “*Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’*”, ICC-01/04-01/06-1486, 21 de octubre de 2008.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal v. Harun *et al.*, Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision informing the United Nations Security Council about the lack of cooperation by the republic of the Sudan*”, ICC-02/05-01/07, 25 de mayo de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Fiscal v. Kenyatta, Sala de Primera Instancia V, “*Decision on defence application pursuant to Article 64(4) and related requests*”, ICC-01/09-02/11-728, 26 de abril de 2013.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision on the Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*”, ICC-RoC46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018.

Bibliografía Crítica o Secundaria

- ALFORD, R. P. (2000) "The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 94, pp. 160- 165.
- ARMAS PFIRTER, F., BARBERIS, J. A., QUEROL, M. (1999) *Sujetos del Derecho de Gentes*, Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- BARBOZA, J. (1999) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavallía.
- BASSIOUNI, C. (1999) *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 1- 40.
- BROWNLIE, I. (1998) *Principles of Public International Law*, 5 edición, Oxford: University press.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (2002) *La Corte Penal Internacional*, Colección Estudios Penales 4, Madrid: Dykinson.
- CASSESE, A. (2003) *International Criminal Law*, Oxford: University Press.
- CHEN, L. (2000) *An introduction to contemporary International Law. A policy-oriented perspective*, 2^{da} edición, New Haven: Yale University Press.
- DIEZ DE VELASCO, M. (1999) *Las organizaciones internacionales*, Madrid: Tecnos.
- ENGSTROM, V. (2003) "Implied Powers of International Organizations: on the Character of a Legal Doctrine", *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 24, p. 129.
- GEISS R. Y BULINCKX N. (2006) "Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 861, pp. 51-74.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.) (2015) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Ed. Errejus.
- GREPPI, E. (1999) "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional" en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 835.
- GUTTIÉRREZ POSSE, H.D.T. (2006) *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires: De los Cuatro Vientos.
- HIGGINS, R. (1993) "International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes", *Recueil des cours, Collected Courses*, Vol. 230 (1991-V), pp. 9- 341.
- HIGGINS, R. (1995) *Process and Problems: International Law and how we use it*, Oxford: University Press.
- JENNINGS, R. AND WATTS, A. (eds) (1996) *Oppenheim's International Law I*, 9^{na} edición, London/New York: Longman.
- KAUL, H. P. AND KREB, C. (1999) "Jurisdiction and cooperation in the statute of the international criminal court: principles and compromises", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, p. 168- 169.
- KINGSBURY, B (1999), "Is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?" *International Law and Politics* Vol. 31, pp. 679- 696.
- KLABBERS, J. (Ed.) (2015) *An Introduction to International Organizations Law*, 3 edición, Cambridge: University Press.
- LÜDER, S. R. (2002) "The Legal nature of the International Criminal Court and the emergence of supranational elements in international criminal justice", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 845, p. 85
- MARTINES, F. (2002) "Legal Status and Powers of the Court" en CASSESE, A., GAETA, P. and JONES, J.R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford: University Press, pp.203- 212.
- METTRAUX, G. (ed.) (2008) *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford: University Press.
- MONCAYO. G.R, VINUESA, R. Y GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T (1990) *Derecho Internacional Público Tomo 1*, Buenos Aires: Zavallía.
- NOUWEN, S.M.H. (2006) "Hybrid courts' The hybrid category of a new type of international crimes courts", *Utrecht Law Review*, Vol. 2, N° 2, pp. 190- 214.

- OLASOLO, H. (2016) “Los fines del derecho internacional”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 93- 146.
- OLASOLO, H. Y GALAIN PALERMO, P. (2018) *Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención Especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- PIKIS, G. (2010) *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- PODESTA COSTA, L. A. Y RUDA, JOSÉ MARÍA (2000) *Derecho Internacional Público* (Tomos 1 y 2), Buenos Aires: TEA Tipográfica Editora Argentina.
- RATNER, S. R., ABRAMS J.S. Y BISCHOFF, J.L. (2009) *Accountability for human rights atrocities in international Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, 3^{ra} edición, Oxford: University Press.
- RÜCKERT, W. (2008) “Article 4 Legal status and powers of the Court”, en TRIFFTERER, O. (ED.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck-Hart-Nomos, 2^a ed., München, pp.121- 127.
- SCHABAS, W. A. (2008) “The Special Tribunal for Lebanon: Is a ‘Tribunal of an International Character’ Equivalent to an ‘International Criminal Court?’”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, pp. 513- 528.
- SCHABAS, W. A. (2011) *An Introduction to the International Criminal Court*, 4ta edición, New York: Cambridge University Press.
- SCHWARZENBERGER, G. ([1947] 2008) “The judgment of Nuremberg” en METTRAUX, G. (ed.) *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford: University Press, pp. 167- 189.
- SHAW, M. N. (2008) *International Law*, New York: Cambridge University Press.
- WERLE G. (2005) *Tratado de Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Los autores

Carolina S. Anello es abogada (UBA). Máster en Estudios Internacionales (Universidad de Barcelona), Diploma de Estudios Avanzados (DEA) y Programa de Doctorado en Derecho Internacional (Universidad de Barcelona). Docente de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en grado y posgrado. Actualmente se desempeña como Prosecretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Emiliano Buis es abogado y licenciado en Letras (UBA). Máster (París 1 Panthéon-Sorbonne). Doctor y Diploma de Posdoctorado (UBA). Profesor Adjunto regular de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Humanitario y Orígenes del Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Asociado de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público (UNICEN). Investigador Independiente del CONICET. Director del Seminario sobre Teoría e Historia del Derecho Internacional (SEMPITHIDIA) en el Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”. Director Académico del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario (UBA).

Magdalena Bulit Goñi, abogada y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Resolución de Disputas Internacionales por el Institut de Hautes Études Internationales et du Développement.

Milton Fellay es abogado (UBA). Maestrando de la Maestría en Estudios Internacionales (UTDT). Investigador alumno de proyectos UBACYT y DECYT. Auxiliar Docente de Derecho Internacional Público y Fuentes del Derecho Internacional (UBA). Becario del Programa de Estímulo a las Vocaciones Científicas del Consejo Interuniversitario Nacional (2013). Participante del Programa NYU Law Abroad. Becario del Programa de Intercambios de la Facultad de Derecho (UBA) con la Universidad de Texas Austin School of Law. Ex miembro del Consejo de Redacción de la Revista jurídica *Lecciones y Ensayos* (UBA).

Sebastián Green Martínez es abogado (UBA). Magister en Relaciones Internacionales por la UBA. LL.M en Derecho Internacional and Derecho Comparado por la George Washington University. Docente de derecho internacional público de la UBA, actualmente en uso en licencia..

Ezequiel Heffes es 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 se desempeña como asesor jurídico de la organización humanitaria *Geneva Call*. Con anterioridad trabajó para el Comité

Internacional de la Cruz Roja en la República Democrática del Congo, Afganistán, Colombia, y en Ginebra, Suiza.

Marcos D. Kotlik es abogado. Magister en Relaciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires (UBA) LL.M. por la Universidad de Michigan. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público y Coordinador Académico del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario, Facultad de Derecho, UBA. Judicial Fellow 2018-2019 en la Corte Internacional de Justicia.

Natalia M. Luterstein es abogada egresada de la UBA con orientación en Derecho Internacional Público. Maester de The London School of Economics and Political Science. Doctoranda en la UBA. Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en grado y en posgrado. Trabaja en la Defensoría General de la Nación en donde actualmente se desempeña en el Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos. Fue Asesora Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina (2006-2014) y letrada de la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional (2009).

Martín Mollard es abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto de Derecho de la Integración y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UBA.

Agustín Leonardo Niebuhr es abogado con diploma de honor (UBA). Docente (UBA) y Magíster en Relaciones y Negociaciones Internacionales (UdeSA / FLACSO). Ayudante de cátedra de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho (UBA).

José Martín Ryb es abogado con diploma de honor (UBA). Ayudante de las materias Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho (UBA).

Emiliano Senes es abogado con orientación en Derecho Internacional Público (UBA). Maestrando en Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Auxiliar docente de Elementos de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UBA). Investigador graduado (en formación) en Proyectos UBACyT y DECyT.



Este libro, resultado de dos proyectos UBACyT, revisita y pone en cuestión la noción clásica de subjetividad en el derecho internacional. Lejos de pensarla como el mero reflejo de un ordenamiento jurídico descentralizado en el cual sólo se atribuye la capacidad plena de creación, interpretación y aplicación de las normas a los Estados, los capítulos que integran este volumen analizan la dinámica real de las relaciones jurídicas internacionales para dar cuenta del accionar de nuevos actores y entidades. A la luz de fenómenos tales como la globalización o la privatización y fragmentación de las capacidades estatales, se pretende revisar y reformular los alcances, implicancias y vigencia del concepto de “sujeto” en la actualidad, contribuyendo a una mejor comprensión del orden jurídico internacional y de quienes intervienen en su práctica cotidiana.

