

Revista Jurídica de Buenos Aires - 2012

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho Internacional Público

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decana: Mónica Pinto

Vicedecano: Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares Profesores: Atilio A. Alterini (†) / Beatriz S. Krom / Jorge L. Kielmanovich / Mario E. Ackerman / Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Luis M. Genovesi / Darío F. Richarte

Consejeros Suplentes: Alberto Bueres / Enrique N. Zuleta Puceiro / Esteban Centanaro / Alfredo E. Soto / Diego E. Chami / Eduardo Barbarosch / Marcelo E. Haissiner / Jorge Berbere Delgado

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro E. Halperin / Marialma G. Berrino / Pablo A. Yannibelli / Sebastián A. Rey

Consejeros Suplentes: Sergio J. Gargiulo / Marcela A. Hernández / Aldo C. Gallotti / Lisandro M. Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Tomás González Vera / Luciana Gallardo / Lucas Lagos / Julián Hofele

Consejeros Suplentes: Diego Cortese / Leandro Mutchinick / Carlos Plaza / Camilo A. López

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Hacienda y Administración General: Alejandro Gómez

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario de Extensión Universitaria: Carlos A. Bedini

Subsecretario Académico: Sergio Brodsky

Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: Isabel Sábato

Subsecretario de Vinculación Ciudadana: Nicolás de la Cruz García

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretario: Andrés Heim

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

Director: Guillermo R. Moncayo

Subdirectores: Carlos M. Cárcova y Pedro Aberastury

Secretaria de Redacción: Marta Vigevano

Consejo de Redacción: Horacio Corti, Jorge Rodríguez Mancini, Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca

Revista Jurídica de Buenos Aires - 2012

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho Internacional Público

Dra. Hortensia Gutiérrez Posse

Coordinadora



ISSN 0326-7431

Tirada: 350 ejemplares

SAP: 41519623

© AbeledoPerrot S.A.

Administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5235-9620
Figuroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468
Fax: (54-11) 5236-8939
clientes@abeledoperrot.com
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN I

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

MÓNICA PINTO: El <i>ius cogens</i> en la jurisprudencia internacional.....	3
RAÚL E. VINUESA: El sistema de la ONU para la autorización del uso de la fuerza	23
JULIO BARBOZA: La responsabilidad <i>sine delicto</i> en el Derecho Internacional.....	51
SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO: Evolución de la jurisprudencia argentina en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros	81
LILIAN DEL CASTILLO: Protección diplomática, asistencia consular y derechos individuales	123
JUAN ANTONIO TRAVIESO: Derecho Internacional 2.0	165
ALEJANDRO TURYN: Comentarios sobre el derecho internacional de las inversiones extranjeras y la solución jurisdiccional administrada por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)	183
FRIDA ARMAS PFIRTER: El límite exterior de la plataforma continental. La presentación argentina y algunos aspectos de la práctica seguida hasta la fecha	217
GUILLERMO R. MONCAYO y MARTÍN MONCAYO VON HASE: La Corte Internacional de Justicia y el medio ambiente: el reciente caso de las plantas de celulosa (“pape-leras”).....	249

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO DE LOS REFUGIADOS

GABRIEL PABLO VALLADARES: Violaciones del Derecho internacional humanitario, la legislación argentina y la contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la materia	267
EUGENIA C. CONTARINI y MARTÍN LETTIERI: Protección internacional de refugiados: alcances y desafíos en la actualidad.....	301

MARTA R. VIGEVANO: Los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente: su compleja relación jurídica.....	325
EMILIANO J. BUIS: Las lágrimas de Zeus, la prudencia de Atenea: Normas humanitarias, fuentes históricas y el reconocimiento de un ‘derecho internacional’ en el mundo griego antiguo.....	357

SECCIÓN III

DERECHO INTERNACIONAL PENAL

ALMIRO RODRIGUES: La Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina como parte de la justicia de transición y reconciliación en Bosnia y Herzegovina.....	387
SILVIA A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI: La Corte Penal Internacional a diez años de su creación.....	413
CLAUS KRESS y LEONIE VON HOLTZENDORFF: El compromiso de Kampala sobre el crimen de agresión.....	425
NATALIA M. LUTERSTEIN: El individuo en el Derecho Internacional Penal: las modalidades de participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional.....	469
CAROLINA S. ANELLO: ¿La eficacia de la Corte Penal Internacional en riesgo? Dificultades y consecuencias derivadas de la cooperación con las jurisdicciones internacionales.....	495

BIBLIOGRAFÍA

SECCIÓN IV

COMENTARIOS DE LIBROS SOBRE LA MATERIA

ROMINA E. PEZZOTI <i>Los actos unilaterales de los estados. un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional</i> ” (Tecnos, Madrid, 2010, 211 ps.) de María Isabel Torres Cazorla.....	521
HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE: <i>Gobernanza y manejo sustentable del agua</i> (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011, 700 ps.) de Griselda D. Capaldo.....	529

SECCIÓN I
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

EL *IUS COGENS* EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Por MÓNICA PINTO*

INTRODUCCIÓN

El derecho como conjunto normativo que regula relaciones entre sujetos de un mismo orden, establece sus modos de creación —las denominadas “fuentes” del derecho— y determina la naturaleza y jerarquía de sus normas.

En términos generales, la convivencia de sujetos en una misma sociedad exige del respeto de determinados institutos que no pueden ser dejados de lado por acuerdo entre algunos de esos sujetos, y también permite la modificación o derogación de otros. En todo caso, los no disponibles y las condiciones de modificación o derogación de los disponibles, encuentran fundamento en la importancia que se asigna a ciertas conductas y a los valores que las inspiran.

El derecho denomina normas fundamentales o imperativas a las normas no disponibles y normas dispositivas a las que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ello es así también en el marco del Derecho Internacional respecto de las normas de *ius cogens* y de las normas dispositivas.

En esta exposición, me propongo señalar rápidamente la existencia de un *ius strictum* en la doctrina del iusnaturalismo y su negación en la del positivismo, para arribar al Derecho Internacional de la segunda posguerra que, superando esas querellas doctrinarias, reconoce la existencia de normas fundamentales que constituyen el orden público internacional.

La cuestión relativa a la legitimación para determinar la existencia de las normas fundamentales es central. Ello porque en el ámbito descentralizado del Derecho Internacional no hay instituciones encargadas de determinar objetivamente la legalidad internacional; de allí la relevancia del instituto del reconocimiento.

En el caso de *ius cogens*, la tarea ha quedado en manos de los órganos judiciales. De algún modo, esto es lo que debe ser a la luz del panorama de los modos de creación del Derecho Internacional que señala entre las fuen-

* Doctora en Derecho, UBA. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías. Decana, Facultad de Derecho, UBA.

tes secundarias a la jurisprudencia internacional como modo auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, en obvia referencia a costumbre y principios generales de Derecho. Son, pues, los jueces internacionales quienes evalúan no sólo la formación de la norma consuetudinaria sino también que el contenido en cuestión haya sido reconocido y aceptado por la comunidad de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

Al igual que todas las normas del Derecho Internacional Público, y específicamente, que las normas consuetudinarias internacionales, las normas de *ius cogens* evolucionan y puede darse la emergencia de nuevas normas que reemplacen o no a otras del mismo carácter.

I. EL INICIO DEL DERECHO INTERNACIONAL ¹. WESTFALIA Y EL IUS STRICTUM

La idea del Derecho Internacional es contemporánea con, y en función de la idea de Estado. Se trata de un producto histórico que surge de la necesidad de los Estados de relacionarse y cuya vigencia está asegurada por esa misma necesidad. Así, el Estado como entidad precede al Derecho Internacional. De allí el consenso en punto a que la Paz de Westfalia, en 1648, luego de la Guerra de Treinta Años cierra la etapa medieval para dar lugar a un sistema de unidades políticas, Estados, de algún modo embrionario del actual. En ese contexto, el Derecho Internacional surge como el conjunto de pautas de conducta mutuamente aceptadas por los Estados para regir sus relaciones.

Ese esquema normativo se aplica a una sociedad en la que los Estados se relacionan para satisfacer necesidades pero en la que dependen, casi con exclusividad, de su propio poderío. En todo caso, algunas notas definitorias de ese primer modelo son la licitud del uso de la fuerza para la solución de controversias y una noción de soberanía muy exacerbada que se extiende a la inmunidad de jurisdicción, la igualdad de los Estados y la no-intervención.

La necesidad de relacionarse de los Estados propicia las normas sobre celebración y conclusión de tratados y las relativas a agentes diplomáticos y en misión especial como prácticas generalmente aceptadas como derecho. El modelo es relacional —sustancialmente bilateral o multilateral restringido— y en él la autonomía de la voluntad domina el proceso de creación normativa, los tratados y la costumbre no son más que sus expresiones.

El modelo westfaliano es un mundo de pocos Estados, todos ellos ubicados en lo que hoy conocemos como la parte occidental de Europa, que configuran una sociedad horizontal —soberanías yuxtapuestas, de idéntico valor— y altamente descentralizada; bastante homogénea, la integran Estados monár-

¹ Este tema ha sido tratado con mayor profundidad en *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (Colección Breves), 2004.

quicos, absolutistas, cristianos. Las capacidades, potencialidades y recursos de cada Estado determinan su presente y su futuro.

En ese modelo internacional, los teóricos debatían sobre los límites del respeto a las normas. Ello especialmente en la escuela del derecho natural. Ya Grocio, en *De iure belli ac pacis*, se refería al derecho divino que era justo por ser dado por Dios, que era inmediatamente vinculante para todos y que, a diferencia del derecho natural, no podía ser objeto de modificación por los hombres².

Un siglo más tarde, Heffter sostenía que “La primera condición esencial de un tratado público es una causa lícita. Entendemos por tal la posibilidad de la obligación contraída. (2) Solo existe un tratado cuando su objeto es física y moralmente posible. (3) Así, por ejemplo, todo convenio contrario al orden moral de las cosas, y, principalmente, á la misión de los Estados de contribuir al desarrollo de la libertad humana, se considera como imposible; así es que no podrá válidamente estipularse nunca en un tratado la introducción ó el sostenimiento de la esclavitud³”, preanunciando la nulidad por objeto ilícito de los tratados cuando se contraviene una norma de *ius cogens*.

II. LA SOCIEDAD DE NACIONES

El siglo XIX aportará a las formas “anómalas” de personalidad en función de las necesidades e intereses de los Estados. Las comisiones administradoras de los ríos internacionales, las uniones administrativas, y otras, plantearán una subjetividad en ciernes con mayores datos de permanencia que la comunidad beligerante o la *levée en masse*. La Sociedad de Naciones será la primera gran organización internacional en el sentido moderno del término.

Si el Pacto de la Sociedad de Naciones pudo consagrar una “misión sagrada de civilización” para los mandatos —más allá de las connotaciones que hoy eso pueda tener en materia de respeto por las diferencias culturales y el principio de autodeterminación de los pueblos— la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional⁴ se hizo cargo de señalar la importancia de la norma positiva. Así en el caso “Lotus” —señero referente en materia de ejercicio de jurisdicción por parte de los estados— la C.P.J.I. sostuvo que las normas de Derecho Internacional proceden de la voluntad de los estados, expresada en los tratados o en la costumbre y que las limitaciones a la independencia de los estados no se presumen⁵. Sin perjuicio de ello, la doctrina es

² GROTIUS, Hugo, *On the Laws of War and Peace*, traducido por A.C.Campbell y A.M, Kitchener, Ontario, Batoche Books, 2001, Libro I, Caps. I, XIII y XV, ver <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/grotius/Law2.pdf>.

³ HEFFTER, A-G., *Derecho internacional público de Europa*, traducido por G. Lizarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1875 en p. 192.

⁴ En adelante CPJI.

⁵ S.S. Lotus (“Francia v. Turquía”), 1927 CPIJ (ser. A) nro. 10 (Sept.7), 18.

consistente en recuperar el voto del juez Schükking en el caso “Oscar Chinn”, dando por sentado que la Sociedad de Naciones comenzó la codificación del Derecho Internacional admitiendo la posibilidad de crear normas de *ius cogens* cuya violación generara la nulidad del acto⁶, y con ello señaló que algunas normas jurídicas son más importantes que otras.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGUNDA POSTGUERRA. OBLIGACIONES ERGA OMNES Y NORMAS DE IUS COGENS

La Segunda Guerra Mundial marca un corte drástico con todo el orden vigente hasta entonces. Durante su transcurso, algunas potencias se dedican a diseñar el orden jurídico-político de la posguerra que va a encontrar su eje en la Organización de las Naciones Unidas, que institucionaliza la comunidad internacional.

La puesta en común de una serie de temas que configuran la agenda de los Estados supone no sólo adoptar objetivos sino también fijar métodos y convenir y aceptar principios de conducta.

La política onusiana por antonomasia será la cooperación internacional. Ella exige, por su misma esencia, un actuar de consuno entre no menos de dos actores, de donde se sigue que la pluralidad de grandes potencias es uno de los datos de la comunidad internacional surgida luego de la segunda posguerra. La modalidad de tratamiento será, inevitablemente, el multilateralismo y el fenómeno de la organización internacional —multiplicado “n” veces— ayudará a su realización.

En este contexto, algunos datos son reveladores de la nueva etapa y, al mismo tiempo, determinantes de las modificaciones o adaptaciones a futuro, convirtiéndose en puntos de referencia insoslayables de nuevas propuestas normativas y políticas. La regla de la prohibición de la amenaza y del uso de fuerza armada por los Estados en sus relaciones internacionales y su única excepción relativa al derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva ante el ataque armado marca la “revolución” que aporta la Carta de las Naciones Unidas⁷. Desde el 24/10/1945, esa regla y su excepción servirán para medir, por las vías institucionales previstas, la ilegalidad internacional. Su carácter de referente será incluso más claro cuando se soslayen los mecanismos institu-

⁶ Oscar Chinn (“Bélgica v. Reino Unido”), 1934 CPIJ (ser. A/B) nro. 63 (Dic. 12), Opinión separada del Juez Schükking, 149: *Et je ne peux imaginer que la Société des Nations aurait déjà commencé les travaux de codification du droit international si dès aujourd'hui il n'était pas possible de créer, dans ce domaine, un ius cogens avec cet effet que, quand les Etats ont convenu certaines règles juridiques et se sont également engagés à ce que ces règles ne puissent être modifiées par certains d'entre eux seulement, tout acte effectué en contravention à cet engagement est nul de plein droit.*

⁷ Carta de las Naciones Unidas, arts. 2(4) y 51.

cionales ya que la opinión pública, las asociaciones políticas y, finalmente, los ciudadanos del mundo se expresarán.

La construcción de los derechos humanos que lleva a cabo la Carta al emplazar el respeto de la dignidad y de la libertad de todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación con alcance universal en la agenda internacional es el otro logro del nuevo orden jurídico-político instaurado en la segunda posguerra. La cooperación es aquí la política y también el deber jurídico. Los Estados se comprometen con el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación y con su efectividad y asumen el compromiso de adoptar medidas a esos fines⁸. Un esquema normativo —convencional, consuetudinario y *soft law*— y un conjunto de instancias internacionales —regionales y universales— coadyuvan a este logro. Al igual que con el tema del uso de fuerza, el discurso es también aquí universal. La descolonización implementada por la voluntad política mayoritaria⁹ en conformidad con el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos¹⁰ produce una de las experiencias políticas más intensas de todos los pueblos y, en definitiva, de la humanidad. La mitad del mundo, que se encontraba bajo dominio colonial en el momento de la creación de las Naciones Unidas el 24/10/1945, decide libremente su forma de organización. La membresía onusiana se cuadruplica; la sociedad internacional sigue siendo comunidad al tiempo que deviene cada vez más heterogénea en cultura, nacionalidad, idiosincrasia.

Resulta, pues, que la puesta en común de una serie de objetivos supuso transformar la sociedad en una comunidad. En ese hacer, algunas conductas resultaron descalificadas por atentar contra ese orden público recientemente diseñado. Así, la prohibición del uso de fuerza por los Estados en sus relaciones internacionales —enunciado en el art. 2º, párr. 4º, de la Carta de las Naciones Unidas como un principio que rige la conducta de los Estados miembros— origina un pronunciamiento, de carácter constitutivo, del Consejo de Seguridad en representación de la comunidad internacional institucionalizada en las Naciones Unidas, de conformidad con el art. 39 de la Carta. La capacidad reconocida al Consejo para declarar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz, un acto de agresión importa una descalificación de esas conductas por oponerse a un estado de cosas que se estima superior a intereses individuales.

Trátase, en definitiva, de admitir que algunas normas son fundamentales y otras no, que hay normas imperativas y no meramente dispositivas —esto es, que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de partes—. Siguiendo a Mosler, el orden público de la comunidad internacional consiste en principios

⁸ Carta de las Naciones Unidas, arts. 1(3), 13(1)(b), 55(c), 56.

⁹ G.A. res. 1514 (XV) U.N. Doc. A/RES/1514 (dec. 14, 1960).

¹⁰ Carta de las Naciones Unidas, art. 1(2).

y normas de aplicación que son de vital importancia para la comunidad internacional en su conjunto, por lo que cualquier acción unilateral o acuerdo que contravenga esos principios no puede tener fuerza jurídica¹¹.

En su declaración, en la opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares de 1996, el entonces presidente de la Corte Internacional de Justicia¹², Mohammad Bedjaoui subrayó la nueva fisonomía de la sociedad internacional contemporánea, sus progresos en materia de institucionalización —integración y mundialización— lo que se traduce en la multiplicación de las organizaciones internacionales, la sustitución progresiva del Derecho Internacional de la coexistencia por el Derecho Internacional de la cooperación —en lo que parece una clara alusión a Wolfgang Friedman— la emergencia del concepto “comunidad internacional” y las iniciativas, a veces exitosas, de su subjetivización internacional, “de todo esto da testimonio el lugar que el Derecho Internacional acuerda a conceptos como el de obligación *erga omnes*, normas de *ius cogens* o patrimonio común de la humanidad. El enfoque decididamente positivista, voluntarista del Derecho Internacional que prevalecía a inicios de siglo [XX] y al que adhirió la CPIJ [en el caso ‘Lotus’¹³] fue reemplazado por una concepción objetiva del Derecho Internacional, que se asume como reflejo de un estado de conciencia jurídica colectiva y una respuesta a las necesidades sociales de los Estados organizados en comunidad. A la evolución de la sociedad internacional hay que agregar los progresos en el ámbito tecnológico, que hacen posible una erradicación total y prácticamente instantánea del género humano¹⁴”.

¹¹ MOSLER, H., “The International Society as a Legal Community”, 140 R.C.A.D.I 1, 34 (1974).

¹² En adelante CIJ.

¹³ *Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs* (S.S. Lotus (“Francia v. Turquía”), 1927 CPIJ (ser. A) nro. 10 (Sept.7), 18).

¹⁴ *Il est à peine besoin de souligner que la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente. En dépit de la percée encore limitée du «supra-nationalisme», on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l’institutionnalisation, voire de l’intégration et de la «mondialisation», de la société internationale. On en verra pour preuve la multiplication des organisations internationales, la substitution progressive d’un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence, l’émergence du concept de «communauté internationale» et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière. De tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d’obligations erga omnes, de règles de ius cogens ou de patrimoine commun de l’humanité. A l’approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle - et à laquelle la Cour permanente n’a d’ailleurs pas manqué d’apporter son soutien dans l’arrêt susmentionné- s’est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d’un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté. A l’évolution de la société internatio-*

Sólo en 1969, en ocasión de codificar las normas relativas a la elaboración, interpretación y demás reglas sobre tratados¹⁵, se logró coincidir en un concepto de *ius cogens* como norma de Derecho Internacional general —es decir, una costumbre internacional de validez universal— aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma posterior del mismo carácter.

De esta suerte, el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶ dispone la nulidad del tratado cuyo objeto viole una norma de *ius cogens* existente y el 64 establece la terminación de un tratado cuyo objeto haya devenido nulo por el surgimiento de una nueva norma de *ius cogens*. Por su parte, el art. 71 dispone que en el caso del art. 53, deben eliminarse las consecuencias del tratado violatorio de una norma de *ius cogens* y las partes deben ajustar su conducta al orden jurídico vigente; en el caso del art. 64, deben dejarse sin efecto el tratado sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos antes de la aparición de la nueva norma de *ius cogens*.

Esa incorporación no fue totalmente pacífica y la idea de que cualquier controversia relacionada con la nulidad y la terminación de los tratados debe solucionarse por un procedimiento especial que, en su momento, incluye la posibilidad de plantear el tema a la CIJ tuvo su génesis en las dudas de algunos Estados respecto de la existencia de tales normas de *ius cogens*¹⁷. De hecho, hasta hoy persiste la “excepción francesa” a la C.V.D.T. precisamente por el tema del *ius cogens*¹⁸.

El proyecto de artículos presentado por la Comisión de Derecho Internacional¹⁹ comienza señalando que es difícilmente sostenible que un Estado pueda desvincularse a voluntad de toda norma de Derecho Internacional [esta afirmación la hace Sir Humphrey Waldock como relator especial del tema en 1963] y luego indica que a juicio de la Comisión, el derecho de la Carta relativo a la proscripción del uso de fuerza es un conspicuo ejemplo de norma de *ius cogens*²⁰. Quiero retener que la CDI se refiere al “derecho de la Carta”, lo que, ciertamente, excede los límites del tratado propiamente dicho.

nale elle-même, il convient d'ajouter les progrès enregistrés dans le domaine technologique, qui rendent désormais possible une éradication totale et pratiquement instantanée du genre humain, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, opinión consultiva, 1996 CIJ 226 (julio 8), opinión individual del presidente Mohammed Bedjaoui.

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/5/1969, 1155 U.N.T.S. 331.

¹⁶ En adelante CVDT.

¹⁷ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 247, párr. 1º.

¹⁸ TAVERNIER, Paul, “L'identification des règles fondamentales - un problème résolu”, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean Marc (ed.), *The fundamental rules of the international legal order ius cogens and obligations erga omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ps. 1/20, párr. 1º.

¹⁹ En adelante CDI.

²⁰ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 247, párr. 1º.

La CDI señala que es la naturaleza del objeto de la norma lo que define su carácter de *ius cogens*²¹ y que tales normas son relativamente recientes²².

Si lograr la definición de lo que se entiende por orden público internacional requirió la inversión de un tiempo considerable, asignar contenidos específicos a la noción es un tema abierto²³. En todo caso, la proscripción del uso de fuerza en las relaciones internacionales ha sido, por mucho tiempo, el único contenido respecto del cual existiera consenso como norma imperativa aún cuando la CIJ no se haya pronunciado al respecto como sí lo hizo en relación con la prohibición del genocidio.

La relevancia del tema de las normas fundamentales y la formulación consagrada en la CVDT se evidencia también en el lenguaje empleado. Así son raras las ocasiones en que se emplea la expresión *ius cogens* y muchas más aquéllas en las cuales ese contenido está implicado en expresiones varias o se recurre a las obligaciones *erga omnes*. En un ámbito como el del Derecho en el cual el lenguaje es poder, parece entendible la gran prudencia en la determinación de las normas de *ius cogens*.

El *Institut de Droit International* ha definido a las obligaciones *erga omnes* como “[u]na obligación, establecida por el Derecho Internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas²⁴”.

La idea de la legitimación para la adopción de medidas como consecuencia de la violación de una obligación *erga omnes* es antigua. Así Heffter señalaba “Por último una potencia neutral puede tomar parte en las represalias de otra con objeto de poner fin a las violaciones del Derecho Internacional o a procedimientos contrarios a la humanidad y a la justicia. En este caso, los Estados cumplen simplemente un deber común trazado por la naturaleza. Como órganos supremos y múltiples de la humanidad, les compete hacer respetar sus leyes donde quiera que fuesen violadas²⁵”.

Si bien el tema de las contramedidas ha tenido amplio debate y el proyecto de artículos finalmente aprobado sobre la responsabilidad internacional

²¹ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 248, párr. 2°.

²² Waldock habla de un “previously unnoticed phenomenon” (ILC, Yearbook, 1966, II, p.248, párr. 3°).

²³ Yearbook of the ILC, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, II, en p. 248, párr. 4°.

²⁴ *Institut de droit International*, “Obligations and rights erga omnes in international law”, Reunión de Cracovia, *Annuaire de l’Institut de droit international* (2005), art. 1 ; citada bajo la nota 1036 en el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” en “Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 58° período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)”, Asamblea General, Documentos Oficiales, 61° período de sesiones, A/61/10, p. 479.

²⁵ HEFFTER, A. G., *Derecho internacional público...*, cit., p. 239.

de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos²⁶ las regula con detalle, la práctica internacional es frondosa en ejemplos. Sólo por tomar un ejemplo local, en relación con el conflicto con Gran Bretaña en el Atlántico Sur, la UE, entonces Comunidad Europea, impuso “sanciones” a la Argentina²⁷.

Se ha señalado también respecto del “núcleo del concepto subyacente al carácter *erga omnes* de una obligación” que “[S]i una obligación se tiene frente a todos y ha de cumplirse *en todo caso*, la causa ha de ser su gran importancia para el común, su vinculación con valores y objetivos fundamentales de la comunidad internacional²⁸”.

También se ha sostenido que la mayoría de las obligaciones *erga omnes* han surgido en la esfera de los derechos humanos y del derecho humanitario²⁹.

IV. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL³⁰ Y LA DETERMINACIÓN DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES

La doctrina ha entendido que la primera manifestación de la existencia de normas de *ius cogens* en la jurisprudencia internacional se da en la sentencia de la CIJ en el caso *Barcelona Traction, Light & Power Co., Inc.*³¹, donde sin

²⁶ Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y A/RES/56/83 (12/12/2001).

²⁷ “The Council of the European Communities, regulation 877/82 of 16/4/1982 suspending imports of all products originating in Argentina”, [1982] OJ L102/1; ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1982:102>.

²⁸ HEFFTER, A. G., *Derecho internacional público...*, cit. p. 239.

²⁹ Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” elaborado por Martti KOSKENNIEMI, Doc. ONU A/CN.4/L.682 de 13/4/2006, párr. 391, p. 227.

³⁰ Sobre el Derecho Internacional en la jurisprudencia de la CIJ, ver “Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2007, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2008, 9-31.

³¹ Barcelona “traction light and power company limited” (segunda fase), opinión consultiva, 1970 CIJ 3 (feb. 5), párrs. 33/34: *When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.*

emplear el término *ius cogens*, la CIJ señaló su existencia al referirse a las obligaciones *erga omnes*³².

En efecto, hacia 1970, cuando el fenómeno de los derechos humanos comenzaba un ascenso casi vertiginoso, la CIJ aportó lo suyo al tema señalando la diferencia entre las obligaciones que un Estado asume respecto de otro u otros y aquéllas que tiene respecto de la comunidad internacional en su conjunto u obligaciones *erga omnes (respecto de todos)*, por ejemplo la descalificación jurídica de los actos de agresión y de genocidio, así como la obligación de respetar los derechos fundamentales de la persona humana, incluidas la protección contra la esclavitud y la discriminación racial.

Cabe recordar que la cuestión de las obligaciones contraídas respecto de todos los Estados ya se anuncia en el hoy famoso *dictum* de la CIJ en la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio -“los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios por todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios sino un interés común”³³.

Para mayor abundamiento habría que recordar que la Corte explica que la Convención muestra la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio como un “crimen de derecho internacional” que supone una denegación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia de la humanidad y que resulta en grandes pérdidas humanas, y que encontraría a la ley moral y al espíritu y los propósitos de las Naciones Unidas como surge de la res. 96(I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946³⁴.

Continúa el Tribunal señalando que la intención es lograr el mayor número de Estados partes, por lo que ante el silencio de sus cláusulas, el objeto y el fin del tratado limitan tanto la libertad para formular reservar cuanto para

³² FROWEIN, Jochen A., “Ius cogens”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, párr. 4 en www.mpepil.com 9/8/2011.

³³ “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, opinión consultiva, 1951 CIJ (Julio 9), 15.

³⁴ “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, opinión consultiva, 1951 CIJ (Julio 9), 23: *The solution of these problems must be found in the special characteristics of the Genocide Convention. The origins and character of that Convention, the objects pursued by the General Assembly and the contracting parties, the relations which exist between the provisions of the Convention, inter se, and between those provisions and these objects, furnish elements of interpretation of the will of the General Assembly and the parties. The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946).*

objectarlas, por lo que se erigen en el criterio válido de la compatibilidad de una reserva³⁵. Apelar a la ley moral y señalar afrentas a la conciencia de la humanidad supone algún grado de referencia en valores. En todo caso, en esa opinión consultiva, la CIJ no sólo reconoce la oponibilidad frente a todos de la prohibición y sanción del genocidio sino que de tal circunstancia deriva expresamente límites a las facultades de los Estados.

En 1951 el derecho internacional de los derechos humanos era escaso: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, las res. 95 y 96(I) de la Asamblea General y la res. E/75(V) del Consejo Económico y Social que expresa el renunciamento histórico de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al tratamiento de comunicaciones en las que se alegue la violación de derechos humanos. Resultaba, pues, bastante difícil, alegar la existencia de una práctica generalmente aceptada como derecho en relación con el genocidio. En 1969, en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte tiene la oportunidad de considerar las relaciones entre las normas convencionales y las consuetudinarias, y allí señala que una norma no puede considerarse como codificadora del derecho internacional consuetudinario existente sólo porque así lo invoquen las partes en una controversia o sólo una de ellas lo haga; para ello tiene en cuenta la facultad de formular reservas a tal contenido normativo. Además, para sostener que esa disposición se ha transformado en obligatoria para terceros estados por la formación de una costumbre internacional de igual contenido, la Corte analiza cuidadosamente una serie de elementos tales como la naturaleza estrictamente jurídica de la norma convencional que sirve de base, el transcurso de un período de tiempo durante el cual todos o la mayoría de los estados concernidos por ese contenido hayan decidido hacerlo suyo especialmente a través de una práctica general y uniforme llevada a cabo con la convicción de que se trata de una obligación jurídica positiva³⁶.

³⁵ “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, opinión consultiva, 1951 CIJ (Julio 9), 24: *The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis. It is inconceivable that the contracting parties readily contemplated that an objection to a minor reservation should produce such a result. But even less could the contracting parties have intended to sacrifice the very object of the Convention in favour of a vain desire to secure as many participants as possible. The object and purpose of the Convention thus limit both the freedom of making reservations and that of objecting to them. It follows that it is the compatibility of a reservation with the object and purpose of the Convention that must furnish the criterion for the attitude of a State in making the reservation on accession as well as for the appraisal by a State in objecting to the reservation. Such is the rule of conduct which must guide every State in the appraisal which it must make, individually and from its own standpoint, of the admissibility of any reservation.*

³⁶ “North Sea Continental Shelf Cases” (“República Federal de Alemania v. Dinamarca, República Federal de Alemania v. Países Bajos”), 1969 CIJ 3, (Abril 26) 41-44, párrs.

De resultas de lo anterior, sólo cabe pensar que la decisión de la Corte es una genuina creación de derecho. Sucede que la Corte está dando su lectura moral de lo que el Derecho Internacional de la post-segunda guerra mundial tiene previsto como uno de sus pilares. La Corte está integrando los derechos humanos que la Carta evoca en su preámbulo. Ese fundamento político, ideológico, filosófico que ofrece el preámbulo de la Carta. La ley moral a la que la Corte apela fue tenida en cuenta en la Carta y también en la res. 96(I) de la Asamblea General. Trátase de una ley moral que no responde a ninguna clasificación estática en materia filosófica³⁷.

La Corte se consideró en actitud fundacional de un orden jurídico y político que había colocado a los derechos humanos como uno de los objetos de la cooperación internacional. A cinco años del fin de la Segunda Guerra, a cinco años del holocausto, en la víspera de un orden de convivencia que permitiera preservar libertad y dignidad, la Corte resuelve dar esta lectura moral.

Sin embargo, resulta difícil desvincular el *dictum* (inesperado) de la Corte en el caso “Barcelona” de la adopción de la CVDT un año antes y, fundamentalmente, de la decisión que el mismo tribunal tomara en 1966 en los casos del Sudoeste Africano.

En 1960, Liberia y Etiopía solicitaron a la CIJ que declarara que en la administración del territorio del África Sudoccidental³⁸, la Unión Sudafricana

72,73,74,77,81: *It would in the first place be necessary that the provision concerned should, at all events potentially, be of a fundamentally normcreating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law. (...) With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected. (...) Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; -and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved. (...) Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. (...) The Court accordingly concludes that if the Geneva Convention was not in its origins or inception declaratory of a mandatory rule of customary international law enjoining the use of the equidistance principle for the delimitation of continental shelf areas between adjacent States, neither has its subsequent effect been constitutive of such a rule; and that State practice up-to-date has equally been insufficient for the purpose.*

³⁷ BOBBIO, Norberto, “Presente y futuro de los derechos humanos” en *Problemas de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, cap. III.

³⁸ Luego denominado Namibia. *South-West Africa Cases* (“Etiopía v. Sudáfrica, Liberia v Sudáfrica”) Segunda fase, 1966 CIJ 4 (Julio 18).

había seguido la política de apartheid, es decir, que había establecido una discriminación con base en la raza, el color y el origen nacional o tribal, aplicando leyes, reglamentos, órdenes y decretos administrativos arbitrarios, opuestos a la razón y a la dignidad humana, que reducían a la nada los derechos esenciales de los habitantes como surgían del Pacto de la Sociedad de Naciones, y de las normas corrientemente aceptadas y enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Probablemente, el más claro de los planteos jurídicos efectuados a la CIJ en materia de derechos humanos.

En 1962, la Corte rechaza las excepciones preliminares deducidas por Sudáfrica. La decisión se adopta por una ajustada mayoría. Seis años después, la CIJ rechazó las demandas por entender que los demandantes no tenían ningún derecho propio y autónomo que pudiera ser invocado independientemente para reclamar la buena ejecución del mandato conforme a la misión sagrada de civilización. Este era un derecho exclusivo de la Sociedad de Naciones que sólo podía ser ejercido por sus órganos³⁹.

El Tribunal podría haber terminado su decisión con la sola afirmación de la falta de legitimación de los estados demandantes. Empero, entendió necesario avanzar en algunas cuestiones más generales ya que los argumentos de las partes reincidían en la invocación de cuestiones “humanitarias”⁴⁰. A modo de *obiter* la Corte entiende que las consideraciones humanitarias pueden inspirar

³⁹ South-West Africa Cases (“Etiopía v. Sudáfrica, Liberia v Sudáfrica”) Segunda fase, 1966 CIJ 4 (Julio 18), 33, párr. 100.

⁴⁰ South-West Africa Cases (“Etiopía v. Sudáfrica, Liberia v Sudáfrica”) Segunda fase, 1966 CIJ 4 (Julio 18), 34: 49. *The Court must now turn to certain questions of a wider character. Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered.*

50. *Humanitarian considerations may constitute the inspirational basis for rules of law, just as, for instance, the preambular parts of the United Nations Charter constitute the moral and political basis for the specific legal provisions thereafter set out. Such considerations do not, however, in themselves amount to rules of law. All States are interested-have an interest-in such matters. But the existence of an ‘interest’ does not of itself entail that this interest is specifically juridical in character.*

51. *It is in the light of these considerations that the Court must examine what is perhaps the most important contention of a general character that has been advanced in connection with this aspect of the case, namely the contention by which it is sought to derive a legal right or interest in the conduct of the mandate from the simple existence, or principle, of the ‘sacred trust’. The sacred trust, it is said, is a ‘sacred trust of civilization’. Hence all civilized nations have an interest in seeing that it is carried out. An interest, no doubt; -but in order that this interest may take on a specifically legal character, the sacred trust itself must be or become something more than a moral or humanitarian ideal. In order to generate legal rights and obligations, it must be given juridical expression and be clothed in legal form. One such form might be the United Nations trusteeship system,- another, as contained in Chapter XI of the Charter concerning non-self-governing territories, which makes express reference to ‘a sacred*

las reglas de derecho; así, señala que el preámbulo de la Carta constituye la base moral y política de las disposiciones jurídicas que se enuncian a continuación. Sin embargo, tales consideraciones no son por sí mismas normas jurídicas. Todos los estados se interesan por esas cuestiones, tienen un interés en ellas, mas no porque ese interés exista se trata de un interés jurídico.

De esta suerte, la Corte descarta de plano que las normas de la Carta sobre derechos humanos —y, específicamente, el principio de no discriminación— tengan efectos *erga omnes* —siquiera acotados al ámbito de los estados miembros— privando de juridicidad todo intento de universalización de tales normas. La premura de la Corte por señalar que las consideraciones humanitarias no crean derecho resulta cuando menos difícil de explicar a la luz de su actuación anterior aunque, obviamente, consideraciones humanitarias y ley moral puedan no ser equivalentes.

Volvemos pues a que sólo la insólita decisión en los casos del Sudoeste Africano puede explicar que en casi cuatro años, la Corte encontrara la ocasión para pronunciarse sobre el valor consuetudinario de las normas de derechos humanos expresadas en el orden jurídico internacional; y, más aún, que lo hiciera en el peculiar contexto de una protección diplomática a favor de una persona jurídica, y que las calificara de *erga omnes*⁴¹.

En 1995, en la contienda entre Portugal y Australia sobre el territorio de *Timor oriental*, la CIJ coincidió con la primera respecto al carácter *erga omnes* del derecho de los pueblos a la autodeterminación tal como evolucionó a partir de la Carta y del Derecho de las Naciones Unidas y que se trata de uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo⁴².

En 1996, en ocasión de la opinión consultiva sobre la *Licitud del empleo de las armas nucleares en los conflictos armados*, la CIJ vuelve por los fueros de la OC sobre las reservas a la Convención de Genocidio señalando que las normas del DIH se imponen a todos los estados hayan o no ratificado los tratados y que además son principios “intransgresibles” (sic) del Derecho Internacional⁴³.

El lenguaje “alternativo” de la Corte no impidió al presidente Bedjaoui entender que la mayoría de las normas del Derecho Internacional humanitario y, en todo caso, las que prohíben el empleo de armas que causan efectos indis-

trust’. In each case the legal rights and obligations are those, and only those, provided for by the relevant texts, whatever these may be.

⁴¹ RAGAZZI, Maurizio, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon University Press, 1997, p. 131.

⁴² East Timor (“Portugal v. Australia”) 1995 CIJ 90 (Junio 30), párr. 29.

⁴³ *Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier. Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión consultiva, 1996 CIJ 226 (Julio 8), párr. 79.

criminales y las que prohíben el empleo de las que causan males superfluos, forman parte del *ius cogens*⁴⁴.

En la misma fecha, la Corte decidió las excepciones preliminares en el caso de la Aplicación de la Convención de Genocidio (“Bosnia-Herzegovina v. Serbia”), y allí sostuvo que la obligación de prevenir y de reprimir el genocidio que los Estados contraen en la Convención es de carácter *erga omnes* y no está delimitada territorialmente⁴⁵.

En 2004 en la opinión consultiva sobre *las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro por Israel en territorio palestino ocupado*, la CIJ sostuvo que algunas de las obligaciones violadas por Israel eran obligaciones *erga omnes*, incluido el derecho del pueblo palestino a la autodeterminación y normas de Derecho Internacional humanitario⁴⁶ y llamó a la adopción de medidas.

En febrero de 2006, al fallar en la segunda presentación del caso sobre Actividades Armadas (“RDCongo v. Rwanda”), la Corte reconoce el carácter *ius cogens* de la norma que prohíbe el genocidio⁴⁷.

En enero de 2007, en un polémico fallo sobre la Aplicación de la Convención de Genocidio, la CIJ recordó sus manifestaciones en la opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención de Genocidio y en la sentencia de excepciones preliminares de ese mismo caso en 1996, así como su sentencia en el caso “Congo v. Rwanda”, para sostener el carácter de *ius cogens* de la prohibición del genocidio⁴⁸ aunque finalmente no se va a pronunciar sobre el punto que permitió plantear el tema de las normas fundamentales⁴⁹.

Ciertamente los campos respectivos de las normas *erga omnes* y de *ius cogens* no se superponen exactamente aunque todas las normas de *ius cogens* sean también *erga omnes*. Esta imprecisión no invalida su existencia ni su pre-

⁴⁴ *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión consultiva, 1996 CIJ 226 (Julio 8), declaración del presidente Bedjaoui, párr. 21.

⁴⁵ *Il en résulte que les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations erga omnes. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention.* Application for revision of the judgment of 11 July 1996 in the case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (“Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia”) Excepciones Preliminares 1996 CIJ 612 (Febrero 3), párr. 31.

⁴⁶ *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, opinión consultiva, 2004 CIJ 136 (Julio 9), párr. 155.

⁴⁷ *Armed activities in the territory of the Congo* (“República Democrática del Congo v. Uganda”) 2005 CIJ 168 (Diciembre 19), párr. 64.

⁴⁸ *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (“Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro”), 2007 CIJ (Febrero 26), párr. 161.

⁴⁹ *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (“Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro”), 2007 CIJ (Febrero 26), párr. 185.

eminencia normativa⁵⁰. En resumen, “en la constatación, de una u otra forma, de que existen de hecho en Derecho Internacional Público normas generales más importantes que otras, y que esta importancia, establecida en razón de su prioridad social, se traduce en el plano del derecho por una preeminencia o una primacía normativa”... Además, las distintas categorías de normas fundamentales se distinguen en virtud de las consecuencias jurídicas que se les atribuyen⁵¹. Cabría en rigor señalar que algunas normas del Derecho Internacional de los derechos humanos junto con las relativas a la proscripción del empleo de la fuerza por los Estados en las relaciones internacionales son los dos grupos de derechos que integran el *ius cogens*⁵². Asimismo, es pacífica su consideración como norma *erga omnes*⁵³. Ello no supone solamente poner de manifiesto frente a quiénes es oponible o es debida la obligación. Se trata de reconocer su preeminencia normativa, el hecho de que han sido objeto de un juicio que las distingue de otras que pueden ser modificadas o dejadas sin efecto por la voluntad de las partes, esto es por la autonomía de la voluntad. La jurisprudencia y la doctrina del Derecho Internacional han trabajado este aspecto⁵⁴.

Finalmente, un ejemplo de normas imperativas *inter partes* sería la manifestación de la CIJ en la sentencia de 15 de diciembre de 1979 en el caso del Personal Diplomático y Consular de los EE.UU en Irán, de que ningún estado podría dejar de reconocer las “obligaciones imperativas” codificadas en la Convenciones de Viena de 1961 y 1963⁵⁵.

Si la jurisprudencia de la CIJ ha sido prudente en la determinación de las normas fundamentales del Derecho Internacional Público, otros tribunales han sido menos parcios.

Los tribunales penales internacionales no han vacilado en considerar que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens* y así lo han expresado.

⁵⁰ DUPUY, Pierre-Marie, “L’unité de l’ordre juridique international”, 297 *R.C.A.D.I.* 9, 301 (2002).

⁵¹ KADELBACH, Stefan, “Ius cogens, obligations erga omnes and other rules. The identification of fundamental norms”, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (ed.), *The fundamental rules of the international legal order. Ius cogens and obligations erga omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 26.

⁵² DUPUY, Pierre-Marie, “L’unité de l’ordre juridique international”, 297 *R.C.A.D.I.* 9, 301 (2002).

⁵³ KADELBACH, Stefan, “Ius cogens...”, cit., p. 26: *The examples usually given for both are the prohibition against aggressive war, genocide, crimes against humanity and war crimes, the core elements of humanitarian law and of human rights conventions, the right of peoples to self-determination and the protection of the environment from severe and lasting degradation*”.

⁵⁴ LOPES PEGNA, Olivia, “Counter-claims and obligations erga omnes before the International Court of Justice”, 9 *E.J.I.L.* (4) (1998), ps. 731/732.

⁵⁵ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), 1980 CIJ 3 (Mayo 24), párr. 41.

El ICTY⁵⁶ en el caso “Furundzija” determinó el carácter *ius cogens* de la prohibición de la tortura y señaló sus implicancias en materia de reconocimiento de jurisdicción universal⁵⁷.

Más tarde el Tribunal sostiene que las normas del derecho humanitario imponen obligaciones *erga omnes* y que la mayoría de ellas ha logrado el carácter de *ius cogens*⁵⁸. Unos años más tarde, el Tribunal sostuvo que la prohibición del ataque a la población civil es una prohibición específica que se incluye en la prohibición del terror que tiene carácter de norma imperativa del Derecho Internacional general, por lo que puede decirse que la prohibición específica también participa del carácter imperativo porque protege el mismo valor [...] lo que es claro es que al ejemplificar y coincidir con la norma general, esta regla contra el terror no conflictua ni deroga las normas imperativas de Derecho internacional⁵⁹. Incluso Milosevic se hubo de prevalecer del carácter *ius cogens* de las normas de derechos humanos sobre derecho a la jurisdicción en una audiencia y planteó una objeción en ese sentido al juez Patrick Robinson en la sesión del 25 de abril de 2005⁶⁰.

En el ámbito de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido ciertamente precursora aún cuando no se la puede calificar de tribunal propiamente dicho. Así, en el caso “Roach y Pinkerton” —emblemático en relación con la ejecución de la pena de muerte a personas mayores por delitos cometidos durante la minoridad—, “La Comisión considera que los Estados miembros de la OEA reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de niños menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidos. La respuesta del Gobierno de Estados Unidos a la demanda en este caso afirma que “todos los Estados, además, tienen un sistema judicial para menores; ningún Estado permite a sus tribunales de menores imponer la pena de muerte⁶¹”. Por su parte, la CIDH en su Opinión Consultiva 18 sobre los derechos de los migrantes indocumentados señaló que “En concordancia con ello, este Tribu-

⁵⁶ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY).

⁵⁷ “The Prosecutor v. Anto Furundzija”, CPIJ, caso nro. IT-95-17/1-T, Fondo, 10/12/1998.

⁵⁸ “The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjam Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic y Vladimir Santic a/k/a Vlado”. CPIJ, caso nro. IT-95-16-T, Fondo, 14/1/2000.

⁵⁹ “...prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians. The general prohibition is a peremptory norm of customary international law. It could be said that the specific prohibition also shares this peremptory character, for it protects the same value. However, to reiterate, the Majority is not required to decide this question. What is clear is that, by exemplifying and therefore according with the general norm, the rule against terror neither conflicts with nor derogates from peremptory norms of international law”. “Prosecutor v. Stanislav Galic”, CPIJ Trial Chamber I, Fondo, 3/12/2003, párr. 98.

⁶⁰ “Milošević, Slobodan” (IT-02-54) “Kosovo, Croatia and Bosnia”, I.C.T.Y. Transcripciones en p. 38.648.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, res. 3/1987, caso nro. 9647 (“Roach & Pinkerton”), Estados Unidos, párr. 56.

nal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*⁶². En el mismo contexto, la CIDH relaciona el lenguaje y dice “Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares⁶³”.

Ya a inicios de los noventa, la Corte había señalado que un tratado relativo a la esclavitud sería nulo por oposición a una norma de *ius cogens superveniens*⁶⁴.

En el sistema europeo, la Corte de Estrasburgo se pronunció sobre las normas fundamentales en el caso “Al-Adsani v. Reino Unido”, la Corte reconoció que la prohibición de la tortura ha devenido una regla imperativa de Derecho Internacional⁶⁵ análogamente en el caso “Kalogeropoulou v. Alemania y Grecia”.

Sin perjuicio de no proceder de “tribunales internacionales”, los pronunciamientos de la Corte de Distrito de Nueva York en 1979 sobre el caso “Filartiga v. Peña Irala”⁶⁶, el *leading case* en el contexto del *Aliens Claims Torts Act* de 1789, que caracteriza a la prohibición de la tortura como norma imperativa, y los de la Corte Suprema Argentina de 2005 y 2007, en autos “Simon”⁶⁷ y

⁶² CIDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva del 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, párr. 101.

⁶³ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva del 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, párr. 110.

⁶⁴ CIDH, caso “Aloeboetoe y otros v. Surinam”, sent. del 4/12/2001, párr. 56.

⁶⁵ CEDH, caso “Al-Adsani v. Reino Unido”, Informe nro. 35763/97, 21/11/2001, párr. 61.

⁶⁶ “Filartiga v. Peña Irala”, 630 F 2nd. 876 (1980).

⁶⁷ CSJN, “Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, causa nro. 17.768, 14/6/2005, Fallos 234:250.

“Mazzeo”⁶⁸, respectivamente sobre la validez de las normas de punto final y obediencia debida y los indultos presidenciales, que caracterizan al orden jurídico internacional en materia de derechos humanos como de orden público, han tenido notorias incidencias internacionales⁶⁹.

V. EL BALANCE

El orden jurídico internacional que se establece después de la segunda posguerra mundial ha hecho espacio para la existencia de un orden público internacional. Este, conocido también como *ius cogens*, expresa los objetivos que ese orden se propuso en su creación y que se fueron desarrollando y logrando a través del tiempo y de la práctica internacional. También expresa valores importantes como la protección de la libertad y dignidad de las personas, el derecho de los pueblos a autodeterminarse y la ilegalidad de la acción armada.

Los tribunales internacionales han avanzado este concepto, a veces derechamente y otras tantas con la sugerencia de un lenguaje alternativo que abre el campo a la especulación doctrinaria pero que, finalmente, va en la misma dirección.

Las dudas y certezas de la comunidad internacional se reflejan en el lenguaje alternativo para las normas fundamentales.

Si la CIJ pudo ser muy prudente en la determinación de las normas de *ius cogens*, los tribunales penales internacionales, los tribunales de derechos humanos, los órganos de control en materia de derechos humanos, han sido más arriesgados. En todo caso, cabe recordar al respecto que en el caso de genocidio, enero 2007, la CIJ dejó en claro que la multiplicidad de jurisdicciones internacionales no obsta a su función de guardiana del Derecho Internacional.

En ese hacer, ella ha sabido mostrar la coincidencia de los grandes temas del orden jurídico que la creó con las normas fundamentales. De esta suerte, la proscripción del uso de fuerza, protección de los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos son los grandes temas y también las normas fundamentales del Derecho Internacional Público.

⁶⁸ CSJN, “Mazzeo, Julio L. y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, 13/7/2007, Fallos 330:3248.

⁶⁹ Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Priebke”, había expresado que “La calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requeridos en el proceso de extradición, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional”, Fallos 318:2148.

EL SISTEMA DE LA ONU PARA LA AUTORIZACIÓN DEL USO DE LA FUERZA

Por RAÚL E. VINUESA*

I. INTRODUCCIÓN

La actividad desplegada por las Naciones Unidas, en su intento por mantener la paz y seguridad internacionales, plantean en la actualidad todo tipo de cuestionamientos sobre los alcances de las facultades específicas de los órganos de la Organización respecto a las autorizaciones del uso de la fuerza a favor de Estados miembro actuando individualmente a través de fuerzas multinacionales, o bien a través de acuerdos u organismos regionales¹.

Las acciones militares emprendidas por Estados miembro o por acuerdos u organismos regionales sin autorización previa del Consejo de Seguridad, han contribuido a generar todo tipo de especulaciones sobre el estado actual del derecho internacional sobre la materia. Por otra parte, la omisión de acciones del Consejo de Seguridad por el veto de alguno de sus miembros permanentes reavivó expectativas sobre la implementación de las facultades residuales de la Asamblea General respecto al uso de la fuerza ante amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.

Sobre la base de esta problemática, El *Institut de Droit International* (en adelante, Instituto del Derecho Internacional o IDI) se abocó al estudio de los

* Profesor Titular Consulto de la Facultad de Derecho de la UBA, Miembro del Institut de Droit International, Juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia.

¹ SICILIANOS, L. A., *Entre multilateralisme et unilatéralisme: L'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force*, Académie de Droit International de La Haye, M. Nijhoff Publishers, 2009; LOWE, V. Roberts A., WELSH J. ZAUM, D. *The United Nations Security Council and war*, Oxford Univ. Press, 2008; GRAY, C., *International law and the use of force*, 2ª ed., Oxford Univ. Press, 2004; SAROOSHI, D. *The United Nations and the development of collective security*, Oxford University Press, 1999; MURPHY, S.D., "The Security Council, legitimacy and the concept of collective security after the cold war", *Columbia Journal of International Law*, 32 (1994); MATHESON, M. J., *Council unbound: The growth of the UN decision making on conflict and post-conflict issues after cold war*, US Institute of Peace Press, 2006; HURD, I., *Alter Anarchy: Legitimacy and power in the United Nations Security Council*, Princeton University Press, 2007.

problemas actuales del uso de la fuerza en el derecho internacional estableciendo cuatro subgrupos dedicados a evaluar las reglas aplicables a la legítima defensa², a la intervención humanitaria³, a la intervención por invitación⁴ y a la autorización del uso de la fuerza por las Naciones Unidas⁵.

El presente trabajo intenta llamar la atención sobre el esquema vigente aplicable a las autorizaciones del uso de la fuerza en el derecho internacional partiendo de las reglas pertinentes de la Carta de Naciones Unidas y su implementación a través de la práctica del Consejo de Seguridad. Se analizan asimismo, la legalidad de las acciones militares no autorizadas por el Consejo de Seguridad y la posibilidad de autorizaciones *ex post facto* e implícitas. Finalmente, se hace referencia a las facultades de la Asamblea General respecto al uso de la fuerza y a los eventuales controles políticos y judiciales de las resoluciones del Consejo.

II. EL ESQUEMA ORIGINAL DE LA CARTA Y SU IMPLEMENTACIÓN

Uno de los propósitos fundacionales de la Organización de las Naciones Unidas se refiere al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y a tal fin, la Carta prevé tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz⁶.

Con el fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confirieron al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales, reconociendo a su vez que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad⁷. En este contexto, los Estados miembro se obligaron a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas de acuerdo con la Carta⁸.

En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad deberá proceder de acuerdo con los Propósitos y principios de las Naciones Unidas. Los

² Ver el informe final del Rapporteur Emmanuel Roucouas en *Annuaire de L'Institut de Droit International*, vol. 72, Session de Santiago, Editions A. Pedonne, París, 2007, ps. 75 y ss.

³ Ver informe final del Rapporteur Michael REISMAN en *Annuaire de Droit International*, vol. 72, Session de Santiago, Editions A. Pedonne, París, 2007, ps. 299 y ss.

⁴ Ver informe final del Rapporteur Gerhard HAFNER en *Annuaire de Droit International*, vol. 73, Session de Naples, Editions A. Pedonne, París, 2009, ps. 297 y ss

⁵ Ver informe preliminar del Rapporteur Raúl E. VINUESA en *Annuaire de Droit International*, vol. 73, Session de Naples, Editions A. Pedonne, París, 2009, ps. 231 y ss.; informe complementario, Sesión de Rodas, en www.idi-iil.org.

⁶ Carta de las Naciones Unidas, art. 1.1.

⁷ Ídem art. 24.1.

⁸ Ídem art. 25.

poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los caps. VI, VII, VIII y XII de la Carta⁹.

Coherente con el enunciado del preámbulo de la Carta relativo al no uso de la fuerza armada sino en servicio del interés común, los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, deberán abstenerse 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 Unidas¹⁰.

El uso de la fuerza individual o colectiva, por parte de los Estados miembro, solamente podrá justificarse en el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas¹¹.

El reconocimiento en el texto de la Carta del principio de no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados no prejuzga ni se opone a la aplicación de las medidas coercitivas adoptadas bajo su cap. VII¹².

En consecuencia, la Carta admite dos excepciones explícitas a la proscripción del uso de la fuerza por parte de los Estados miembro: las acciones emprendidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad bajo el cap. VII y el derecho inmanente a la legítima defensa.

En síntesis, el esquema original de la Carta estableció un sistema centralizado de seguridad colectiva para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales bajo la responsabilidad primaria del Consejo de Seguridad. Las funciones y poderes del Consejo de Seguridad en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión están contenidos en el cap. VII de la Carta.

En razón de que los Estados miembro están obligados a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad, ningún Estado miembro está legitimado para desafiar la validez de las recomendaciones o decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad en aplicación del cap. VII.

El Consejo de Seguridad tiene, en primer lugar, la facultad discrecional de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión¹³. A partir de esta determinación podrá adoptar medidas provisionales con el fin de evitar que una situación se agrave¹⁴ y hacer recomendaciones o decidir que medidas deberán ser tomadas para mantener la paz y seguridad internacionales.

⁹ Ídem art. 24.2

¹⁰ Ídem art. 2.4.

¹¹ Ídem art. 51.

¹² Ídem art. 2.7.

¹³ Ídem art. 39.

¹⁴ Ídem art. 40.

Podrá tomar medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza armada e instar a los Estados miembro a que apliquen dichas medidas¹⁵ o bien, si estas medidas resultaren inadecuadas o hayan demostrado serlo, podrá decidir ejercer toda acción armada que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales¹⁶.

Con el objeto de que el Consejo de Seguridad pudiera ejercer sus funciones bajo el cap. VII, se previó que los Estados miembro debían poner a disposición del Consejo, a través de convenios especiales, las fuerzas armadas y toda otra ayuda que fuera necesaria para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales¹⁷. Estos convenios que debían ser negociados entre el Consejo de Seguridad, por una parte y miembros individuales o grupos de miembros por la otra, nunca fueron concertados.

En consecuencia las disposiciones del cap. VII relativas a las fuerzas puestas al servicio del Consejo, al igual que las funciones asignadas a un Comité de Estado Mayor, nunca se implementaron.

La esencia del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas fue evidentemente estructurada en función al respeto de los intereses particulares de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. El derecho a veto de éstos, condicionó desde un principio la capacidad de acción del Consejo. El uso de la fuerza para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales se redujo en los hechos al logro del poco probable consentimiento de todos los Estados miembro permanentes. La unanimidad o la ausencia de vetos por parte de los miembros permanentes fue, y sigue siendo, la condición necesaria para hacer operativos los poderes y funciones del Consejo bajo el cap. VII.

En razón de que el esquema original no pudo efectivizarse, otras alternativas posibilitaron reaccionar, tanto al Consejo de Seguridad como a la Asamblea General, frente diversas situaciones de conflictos armados o graves crisis que ponían en peligro la paz y seguridad internacionales.

Claros ejemplos de esta tendencia son el establecimiento de operaciones para el mantenimiento de la paz, seguidas de las autorizaciones del uso de la fuerza a favor de Estados miembro o de fuerzas multinacionales para el cumplimiento de determinados mandatos y las autorizaciones específicas para ser ejecutadas a través de los acuerdos u organismos regionales.

Durante la última década del siglo pasado, la disolución de la Unión Soviética y la consiguiente flexibilización del uso indiscriminado del derecho de veto por parte de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, marcaron un punto de inflexión en el accionar del Consejo de Seguridad.

La invasión en 1990 de Irak a Kuwait posibilitó al Consejo de Seguridad la adopción de la res. 678 (1990) por la que se autorizó a los Estados miembro

¹⁵ Ídem art. 41.

¹⁶ Ídem art. 42.

¹⁷ Ídem art. 43.

a tomar “*todas las medidas necesarias*”, incluyendo el uso de la fuerza, contra Irak.

Esta Resolución fue adoptada bajo el cap. VII de la Carta, sin precisar en qué norma específica de ese Capítulo se fundaba. A partir de esta resolución, el Consejo de Seguridad implementó una práctica reiterada de autorizaciones del uso de la fuerza frente a situaciones que consideró como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Las autorizaciones del uso de la fuerza posibilitaron que solo algunos Estados se involucraran: las autorizaciones no generan una obligación dirigida a todos los Estados miembro de participar en las acciones militares, sino que legalizan el accionar de aquellos Estados que tienen interés y capacidad para implementar una resolución del Consejo.

El art. 48.1 de la Carta establece que las acciones armadas para implementar las decisiones del Consejo de Seguridad relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, serán ejercidas por todos los miembros de las Naciones Unidas o alguno de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad. Por lo tanto, el Consejo de Seguridad tiene la facultad discrecional para autorizar el uso de la fuerza a aquellos Estados que tienen capacidad y voluntad para actuar militarmente ante una situación determinada.

Así mismo, la Carta contempla expresamente la capacidad del Consejo de Seguridad de delegar en los acuerdos u organismos regionales la aplicación de medidas coercitivas bajo su autoridad¹⁸. Las autorizaciones del uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad a favor de Estados miembro o a favor de acuerdos u organismos regionales implican una delegación de la ejecución de una decisión previa del Consejo.

El sistema de la Carta se basó en la presunción de futuras reiteraciones de conflictos armados tradicionales entre Estados. Sin embargo, desde 1945 al presente, la naturaleza, características e intensidad de los conflictos armados fueron y son esencialmente diferentes. La proliferación de conflictos armados internos, las luchas civiles, los desplazamientos poblacionales forzosos, o las situaciones de violencia contra la población civil dentro de un Estado, justificaron una extensión del concepto tradicional de amenaza de la paz.

En la actualidad, el concepto de amenaza a la paz no sólo se refiere a situaciones de conflicto armado interno o internacional sino que abarca situaciones de crisis humanitarias que afectan la debida protección de los derechos humanos fundamentales.

El terrorismo internacional, la proliferación de armas de destrucción masiva, la posesión de esas armas por entidades no estatales, y el surgimiento de los llamados Estados fallidos configuran, entre otras, novedosas situaciones de crisis consideradas como amenazas a la paz y seguridad internacionales.

¹⁸ Ídem art. 53.1.

III. LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD Y EL USO DE LA FUERZA

Durante los últimos veinte años, las acciones emprendidas por el Consejo de Seguridad frente a situaciones de amenaza a la paz y seguridad internacionales marcan un patrón dominante de su interés y preocupación por asegurar la vigencia del sistema de seguridad colectiva de la Carta, desalentando acciones unilaterales de los Estados miembro¹⁹.

La práctica más reciente del Consejo de Seguridad evidencia una clara tendencia a involucrarse en situaciones de conflictos internos que provocan crisis humanitarias por violaciones graves al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos elementales de las poblaciones civiles afectadas²⁰.

Claros ejemplos de esta tendencia se evidencian en las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el contexto de las cuestiones relativas a Chad²¹, Bosnia Herzegovina²², Costa de Marfil²³, Haití²⁴, República Democrática del Congo²⁵, Afganistán²⁶, Sudán²⁷ y Libia²⁸.

En gran medida, el tratamiento de la situación de Libia por el Consejo de Seguridad evidenció el reconocimiento, por parte de éste, de su necesaria injerencia en aquellas situaciones donde las violaciones graves sufridas por las poblaciones civiles constituían una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

El Consejo de Seguridad ha expresamente reconocido en el preámbulo de la res. 1973 (2011) la responsabilidad de las autoridades libias de proteger a la población civil y ha condenado las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, incluyendo los casos de detenciones arbitrarias, desapariciones forzosas, torturas y ejecuciones sumarias.

¹⁹ THOMÉ, N., *Les pouvoirs du Conseil de sécurité au regard de la pratique récente du chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

²⁰ MALONE, D.M. (ed.), "The UN Security Council: From the cold war to the 21st century", Reinner, 2004; Luck, E.C., *The UN Security Council: Practise and Promise*, Routledge, 2006.

²¹ S/RES/1961 (2009)

²² S/RES/1845 (2008), S/RES/1869 (2009), S/RES/1895 (2009), S/RES/1948 (2010), S/RES/2019 (2011).

²³ S/RES/1933 (2010), S/RES/1938 (2010), S/RES/1942 (2010), S/RES/1981 (2011), S/RES/2000 (2011)

²⁴ S/RES/1892 (2009)

²⁵ S/RES/1896 (2009), S/RES/1991 (2011)

²⁶ S/RES/1386 (2001), S/RES/1510 (2003), S/RES/1662 (2006), S/RES/1943 (2010), S/RES/1974 (2011), S/RES/2011 (2011)

²⁷ S/RES/1591 (2005), 1982 (2011), S/RES/1996 (2011), S/RES/1997 (2011),

²⁸ S/RES/1970 (2011), S/RES/1973/ (2011), S/RES/2009 (2011), S/RES/2016 (2011), S/RES/2017 (2011) y S/RES/2022 (2011).

La resolución del Consejo 1973 (2011) fue adoptada por diez votos a favor, ninguno en contra y cinco abstenciones. En este contexto es relevante entender los fundamentos esgrimidos por los Estados que se abstuvieron a efectos de precisar los alcances de sus posicionamientos frente a la responsabilidad de proteger a la población civil de Libia y a la necesidad de poner término a las violaciones graves a los derechos humanos.

En líneas generales, el razonamiento común que motivó las abstenciones se relaciona con la percepción de que el uso de la fuerza era innecesario e inoportuno para hacer operativa la res. 1970 (2011) que establecía un cese el fuego e imponía embargos contra el gobierno libio. Las abstenciones, en mayor o menor medida, se justificaron en el hecho de que, por el momento, era aún posible asegurar el cese del fuego a través de los embargos impuestos en el entendimiento de que, finalmente, se arribaría a una solución política negociada.

Durante las discusiones en el Consejo de Seguridad de la res. 1973 (2011), el representante de Alemania manifestó el apoyo de su gobierno a las aspiraciones del pueblo libio relativas a la necesaria institucionalización democrática de Libia y al reconocimiento de una efectiva protección de los derechos humanos de la población.

Para Alemania, un esquema de sanciones efectivas, respaldado por toda la comunidad internacional sería una manera efectiva de terminar con el régimen de Al Kadhafi y así poder iniciar una transición política efectiva. Por otra parte, el representante de Alemania sostuvo que, por el momento, el uso de la fuerza implicaba grandes riesgos que las Naciones Unidas no deberían asumir sin intentar otras alternativas posibles²⁹.

El representante de India³⁰, expresó la preocupación de su gobierno frente al grave deterioro de la situación humanitaria en Libia y reafirmó la necesidad de reformular a las autoridades libias un enérgico llamado al cese del fuego, a la protección de la población civil y a asegurar las legítimas demandas del pueblo libio. La abstención de la India a la autorización del uso de la fuerza se motivó en la presunta falta de información fidedigna sobre la actual situación y la ausencia de certeza sobre las acciones militares a emprenderse. Para India, el Consejo debía asegurarse que las medidas que tomara debían mitigar y no exacerbar la ya difícil situación por la que atravesaba la población Libia.

El representante de Brasil³¹ sostuvo que su gobierno apoyaba plenamente la res. 1970 (2011). Afirmó que Brasil había públicamente condenado la violencia desplegada por las autoridades libias contra manifestantes no armados y que las había llamado a proteger el derecho a la libertad de expresión y a encontrar una solución a la crisis a través de un dialogo fructífero. Brasil aclaró

²⁹ Reunión del Consejo de Seguridad sobre la situación en Libia del 17/3/2011, Exposición del Sr. Witting, Doc. S/pv.6498, p. 4.

³⁰ Ídem Exposición del Sr. Manjeev Singh Puri, ps. 5/6.

³¹ Ídem Exposición del Sr. Viotti, p. 6.

que su abstención no debía ser interpretada como condonando las acciones del gobierno libio o como una falta de interés en proteger a la población civil y a sus derechos. Finalmente, Brasil consideró que no estaba convencido de que el uso de fuerza previsto en la res. 1973 (2011) desembocaría en la realización de un objetivo común que identificó con el inmediato cese de la violencia en Libia y la protección de la población civil.

El representante de la Federación Rusa³² reiteró que su gobierno era un firme y consistente defensor de la protección de las poblaciones civiles. En este sentido aseguró que la posición de Rusia repudiando el uso de la fuerza contra la población civil de Libia no había cambiado. Explicó que la abstención de su gobierno se basaba en la falta de respuestas en cuanto a cómo las zonas prohibidas de sobrevuelos serían implementadas, cuales serían las “reglas de empuñamiento” y cuales serían los límites al uso de la fuerza que se autorizaba. Para Rusia, la implementación inmediata del cese del fuego exigido por la res. 1970 (2011) sería el medio más rápido y efectivo para proteger a la población civil.

Por su parte, el representante de China³³ expresó que su gobierno estaba seriamente preocupado por el continuo deterioro de la situación en Libia y apoyaba la adopción por parte del Consejo de aquellas medidas apropiadas y necesarias para estabilizar la situación en Libia lo antes posible. Si bien China informó que estaba a favor de las zonas de no sobrevuelo como fueran propuestas por los miembros de la Liga Árabe, aclaró que su abstención se motivaba en la falta de respuestas apropiadas sobre la implementación del uso de la fuerza que se autorizaba.

En resumen, el patrón común de las abstenciones a la adopción de la res. 1973 (2011) reflejaron un cuestionamiento, o bien respecto a que la situación en Libia no justificaba, por el momento, una autorización del uso de la fuerza, o bien que no se habían especificado claramente los límites de dicha autorización. De todas maneras, las discusiones en el Consejo reflejaron la existencia de un consenso generalizado entre Estados adoptantes y Estados abstinentes sobre la gravedad de la crisis humanitaria en Libia como así también sobre la necesidad de que el Consejo de Seguridad debía cumplir sus funciones y poderes expresados en el cap. VII de la Carta.

Las acciones que emprendió el Consejo de Seguridad frente a la situación existente en Libia, implicaron un claro reconocimiento de la obligación de cada uno de los Estados miembro de las Naciones Unidas de proteger las poblaciones civiles que se encuentran dentro de su jurisdicción. La práctica del Consejo avaló así el surgimiento de una obligación o responsabilidad de proteger cuya violación, en tanto y en cuanto constituyera una amenaza o que-

³² Ídem Exposición del Sr. Chrkin, p. 8.

³³ Ídem Exposición del presidente del Consejo en su capacidad de representante de China, p. 10.

brantamiento de la paz y seguridad internacionales, implicaría la inexorable intervención del Consejo de Seguridad.

Pero la aceptación de la existencia de una responsabilidad de proteger a las poblaciones civiles no altera ni afecta los poderes y funciones del Consejo de Seguridad concernientes a eventuales autorizaciones del uso de la fuerza. En este sentido, la responsabilidad de proteger no puede lícitamente invocarse como justificativo del uso de la fuerza no autorizado por el Consejo de Seguridad³⁴.

IV. LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER Y EL USO DE LA FUERZA

La Secretaría General, a través de diferentes informes y declaraciones, constató la preocupación e interés de los Estados miembro de la Organización respecto a la asistencia humanitaria vinculada a sus responsabilidades de proteger las poblaciones civiles.

En 2005 durante el Cumbre Mundial³⁵, los Estados reconocieron su obligación de proteger a sus propias poblaciones: cada Estado tiene una responsabilidad de proteger sus poblaciones de genocidios, crímenes de guerra, lavados étnicos y crímenes contra la humanidad. Se reconoció que la comunidad internacional debía ayudar a los Estados a observar esta responsabilidad y a apoyar las acciones preventivas impulsadas por las Naciones Unidas³⁶.

Los Estados miembro también aceptaron que estaban preparados para tomar acciones colectivas de manera apropiada y decisiva a través del Consejo de Seguridad, sobre la base del análisis de caso por caso y en cooperación con las organizaciones regionales apropiadas. Esas acciones estaban condicionadas a que los medios pacíficos resultaren inadecuados y que las autoridades nacionales hayan demostrado ser manifiestamente incapaces de proteger a sus

³⁴ La resolución del Instituto de Derecho Internacional de Santiago de Compostela sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados” estableció en el art. II, segundo párrafo que: “Sin perjuicio de las funciones y poderes que la Carta le atribuye a los órganos de las Naciones Unidas en cuanto a la violación de obligaciones asumidas por los miembros de la Organización, los Estados, actuando individual o colectivamente, tienen derecho a tomar medidas diplomáticas, económicas u otras medidas respecto a cualquier otro Estado que ha violado la obligación establecida en el art. I, [violaciones graves a los derechos humanos] *siempre que tales medidas sean permitidas por el derecho internacional y no impliquen el uso de la fuerza armada en violación de la Carta de las Naciones Unidas*. Estas medidas no pueden ser consideradas como una intervención ilícita en los asuntos internos de ese Estado” (La traducción y el resaltado son nuestros).

³⁵ Ver el documento final de la Cumbre Mundial 2005, en A/RES/60/1, 24/10/2005.

³⁶ Ídem, Para 138.

poblaciones frente a acciones genocidas, crímenes de guerra, lavados étnicos y crímenes de lesa humanidad³⁷.

El Secretario General, en su Informe sobre el Papel de los Acuerdos Regionales y Subregionales en la Implementación de la Responsabilidad de Proteger³⁸, constató que durante los últimos tres años, había aplicado principios derivados de la responsabilidad de proteger en sus estrategias para enfrentar amenazas a poblaciones en aproximadamente de una docena de situaciones específicas en las que acuerdos subregionales como la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (ECOWAS), la Unión Africana (AU) y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) participaron activamente.

El Informe del Secretario General confirmó el contenido del art. 53 (1) de la Carta al expresar que ninguna acción militar por parte de acuerdos regionales o subregionales puede llevarse a cabo sin la previa autorización del Consejo de Seguridad. Consideró relevante que el Consejo de Seguridad tomara en cuenta la posición asumida por los países de la región al tratar temas afines al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

El Secretario General insistió en afirmar que la responsabilidad de proteger es una responsabilidad soberana de cada Estado. En consecuencia, el prevenir graves atrocidades es una obligación jurídica del Estado en tanto que los Estados vecinos deberían sentir una presión política y moral suficiente como para involucrarse en acciones preventivas, investigaciones de hechos y capacidad para mediar dentro del conflicto. El informe enfatizó la necesidad de organizar actividades preventivas a través de los acuerdos regionales tendientes a evitar tempranamente actos de violencia contra la población civil. El informe hace un llamado a los Estados miembro a implementar programas de asistencia internacional con capacidad de construir estrategias viables antes que una crisis o un conflicto estallen.

Para el secretario general³⁹ la responsabilidad de proteger se asienta en un abanico de posibilidades que ofrecen los contenidos de los caps. VI, VII y VIII de la Carta. De todas maneras, entiende que no es posible concebir una estrategia general para implementar la responsabilidad de proteger sin una referencia directa a las funciones del Consejo de Seguridad bajo el cap. VII de la Carta. Consideró que toda acción humanitaria eficiente presupone el compromiso del Consejo de Seguridad de establecer a corto plazo objetivos tendientes a poner fin a toda violación grave a los derechos humanos, a combatir la hambruna y a controlar los desplazamientos forzosos de poblaciones. La necesaria implementación de administraciones transitorias por parte de las Naciones Unidas

³⁷ Ídem, Para 139.

³⁸ Conf. resoluciones de la Asamblea General sobre la implementación de la responsabilidad de proteger A/RES/63/677 y A/RES/64/864.

³⁹ ANNAN, K., "In larger freedom: towards security, development and human rights for all", Report of the Secretary General, UN doc. A/59/2005, 21/3/2005.

es otra de las herramientas previstas dentro de la estrategia de la Secretaría para atacar las causas de las crisis que afectan directamente a las poblaciones civiles.

El secretario general en sus reiterados informes⁴⁰ sobre la responsabilidad de proteger ha confirmado el reconocimiento y aceptación por parte de los Estados miembro de sus obligaciones respecto de las poblaciones bajo sus respectivas jurisdicciones. Este reconocimiento no crea un derecho a favor de los Estados a recurrir al uso de la fuerza para intervenir por razones humanitarias en el territorio de otro Estado sin la previa autorización del Consejo de Seguridad. Dentro del sistema actual de la Organización de las Naciones Unidas, la única posibilidad de justificar la licitud del uso de la fuerza que no cuenta con la previa autorización del Consejo de Seguridad, sigue siendo el uso de la fuerza basado en una legítima defensa individual o colectiva.

En conclusión, la vigencia de una responsabilidad de proteger dentro del derecho internacional general no afecta los poderes y funciones del Consejo de Seguridad bajo los caps. VII y VIII de la Carta.

V. LA LEGALIDAD DE LAS ACCIONES MILITARES NO AUTORIZADAS POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

Las llamadas intervenciones humanitarias de Estados dentro del territorio de otro u otros Estados pretendieron justificarse como excepciones lícitas a la prohibición del uso de la fuerza impuesta por la Carta de las Naciones Unidas.

El sistema de la Carta impone dos excepciones a la prohibición del uso de la fuerza: la legítima defensa y el uso de la fuerza implementado o autorizado por el Consejo de Seguridad frente a situaciones de amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacional o actos de agresión.

Dentro del esquema de la Carta, las acciones militares justificadas en una legítima defensa individual o colectiva no necesitan de la previa autorización del Consejo de Seguridad. Toda otra acción militar que no sea en legítima defensa individual o colectiva queda supeditada a la decisión previa del Consejo de Seguridad en cumplimiento de sus funciones específicas contempladas en el cap. VII de la Carta.

Los intentos académicos tendientes a definir como lícitas las acciones militares encuadradas en una intervención humanitaria no previamente autorizada por el Consejo de Seguridad, han reiteradamente fracasado⁴¹.

⁴⁰ Ver “Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, sesiones plenarias”, sesiones 96° a 101°, y corrección (A/63/PV.96 a 101); informe del secretario general, A/63/677.

⁴¹ Ver “Annuaire de L’ Institut de Droit International”, Session de Santiago de Chile, vol. 72, p. 290 y ss.; Discusiones en el plenario de la sesión de Rodas sobre “Authorization of the Use of Force by the United Nations”, en www.idi-iil.org.

Hay quienes presuponen una distinción entre la licitud y la legitimidad de las acciones militares identificadas como intervenciones humanitarias⁴². A nuestro entender, esta diferenciación teórica no alcanza para transformar un accionar que para ciertos Estados (obviamente los que intervienen militarmente) es legítima, en un accionar lícito, es decir conforme a derecho.

En la sesión de Santiago de Chile del Instituto de Derecho Internacional se adoptó una Resolución sobre Intervención Humanitaria de la que se excluyó, por falta de consenso, el párrafo del proyecto original que preveía la posibilidad de justificar la licitud de ciertas y determinadas intervenciones consideradas de naturaleza humanitaria.

El proyecto original elaborado por el profesor Michael Reisman como *Rapporteur* del sub-grupo de trabajo, si bien no reconocía la licitud de las intervenciones humanitarias, posibilitaba su justificación tanto respecto a los fines como a los medios utilizados durante esas intervenciones⁴³.

El párr. VI del proyecto final sobre Intervención Humanitaria expresaba: “Al presente no hay consenso respecto a la legalidad de las acciones militares que no han sido autorizadas por las Naciones Unidas pero que pretenden haber sido tomadas para poner fin a un genocidio, a crímenes contra la humanidad o a crímenes de guerra de gran escala. Sin embargo, la práctica y la doctrina recientes han mencionado factores que posibilitarían justificar esas acciones, incluyendo:

- (i) la constatación por o bajo los auspicios de organizaciones internacionales que un genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra a gran escala han sido cometidos y que aún no se les ha puesto fin;
- (ii) Un apoyo colectivo significativo de las acciones militares; y
- (iii) La necesidad absoluta de emprender esas acciones como una medida de último recurso”⁴⁴.

La falta de consenso y las severas críticas que impidieron la adopción del texto precedente motivó al presidente de la sesión de Santiago la redacción de un texto que se incorporó a la resolución que finalmente se aprobó, en el que se expresaba que,

⁴² CHESTERMAN, S., “Legality versus legitimacy: humanitarian intervention, the Security Council and the rule of law”, en *Security Dialogue* 33, nro. 3 (September 2002), 293-307; FRANK, T., *Recourse to force: State action against terrors and armed attacks*, Cambridge University Press, 2002 y *The power of legitimacy among nations*, Oxford University Press, 1990. Frank, T. *The power of legitimacy among nations*, Oxford University Press, 1990.

⁴³ *Annuaire de l’Institut de Droit International*, Session de Santiago, vol. 72 (2007), p. 235 y ss.

⁴⁴ Las conclusiones provisionales del informe preliminar del subgrupo B sobre intervención humanitaria expresaba: “El derecho internacional aún no permite intervenciones humanitarias unilaterales que no han sido autorizadas por un órgano competente de las Naciones Unidas, pero la práctica reciente indica que el tema podría estar en proceso de ajuste. Parecería que ante grave circunstancias, la intervención humanitaria unilateral que no ha recibido autorización de las Naciones Unidas podría ser considerada como lícita”; Ídem ant. p. 267

“Esta resolución no se refiere a la cuestión de la legalidad de las acciones militares que no han sido autorizadas por el Consejo de Seguridad pero que su objetivo declarado es el de poner fin a un genocidio, a crímenes contra la humanidad de gran escala o crímenes de guerra de gran escala”⁴⁵.

El párrafo contiene una nota en la que se informa que la cuestión de la legalidad de las acciones militares que no han sido autorizadas por las Naciones Unidas será examinada por el Instituto en una sesión subsiguiente.

El Presidente de la sesión de Santiago de Chile emitió una declaración que se incorporó en el preámbulo de la resolución por la que explicó que debido a diferencias de opiniones y en consideración al hecho de que otro subgrupo, el subgrupo D⁴⁶, estaba trabajando sobre el tema de la autorización del uso de la fuerza por las Naciones Unidas, el instituto decidía diferir la cuestión para su tratamiento durante la próxima sesión del instituto.

La ampliación del mandato del subgrupo D sobre autorizaciones del uso de la fuerza previó entonces el tratamiento de las intervenciones humanitarias no autorizadas como una excepción a las reglas y principios aplicables.

El subgrupo D había ya tratado indirectamente el tema al referirse en su informe preliminar sobre la autorización el uso de la fuerza a las autorizaciones implícitas y a las autorizaciones *ex post facto*⁴⁷. El informe complementario del subgrupo D confirmó su posición anterior respecto a la imposibilidad de asumir implícito del texto, contexto o del objeto y fin de la Carta, la existencia de un derecho residual a favor de los Estados miembro para recurrir al uso de la fuerza excepto en casos de legítima defensa⁴⁸.

Al considerar la posibilidad de autorizaciones *ex post facto* por parte de Consejo de Seguridad, el informe preliminar concluyó que esas situaciones no constituían una excepción sino que eran una consecuencia directa del ejercicio por parte del Consejo de Seguridad de sus facultades discrecionales bajo el cap. VII.

Con el propósito de detectar si, en la actualidad, es posible reconocer la licitud de las intervenciones humanitarias no autorizadas por las Naciones Unidas, el subgrupo D se abocó a analizar el status de la práctica reciente del Consejo de Seguridad. En igual sentido se analizó la práctica de la Secretaría General y las posiciones oficiales asumidas por su oficina de asuntos jurídicos a efectos de evidenciar la existencia o no de una regla aceptada por los Estados

⁴⁵ Art. VI, Ídem ant., p. 366.

⁴⁶ El subgrupo D de la Comisión X del IDI está integrado por: Rapporteur Vinuesa, Miembros: Abi-Saab, Buergenthal, Cassese, Crawford, Frowein, Infante Caffi, Kazazi, Lee, Mahiou, Owada, Pinto, Reisman, Remiro Brotons, Torrez Bernardez.

⁴⁷ “Annuaire de L’Institut de Droit International”, Session de Naples, vol. 73 (2009), p. 271 y ss.

⁴⁸ “Some further comments to the Preliminary Report on Authorization to the Use of Force by the United Nations”, en *Travaux scientifiques de la Session de Rhodes*, en www.idi-ii.org.

miembro de la Organización que reflejase una nueva excepción al sistema de la Carta de las Naciones Unidas.

En su informe complementario, el subgrupo concluyó que las prácticas recientes del Consejo de Seguridad relativas a autorizaciones del uso de la fuerza evidenciaban una clara tendencia al reconocimiento de una obligación de proteger a las poblaciones civiles afectadas por graves violaciones a los derechos humanos⁴⁹. El informe constata que la agenda actual del Consejo de Seguridad contempla prácticamente la gran mayoría de las situaciones en las que una amenaza a la paz y seguridad internacionales ha sido reconocida como consecuencia de violaciones graves a los derechos humanos de las poblaciones civiles⁵⁰.

De la reiterada y constante práctica seguida durante los últimos años por el Consejo de Seguridad es posible sostener que los miembros de la Organización no son titulares de un derecho al uso de la fuerza dentro del territorio de otro Estado sin la previa autorización del Consejo de Seguridad. La intervención, o la hoy llamada asistencia humanitaria, no constituye una excepción válida a esa regla implícita en la Carta y confirmada por la práctica reiterada y constante del Consejo de Seguridad. En consecuencia, no existen evidencias que confirmen el nacimiento de una nueva regla de derecho que se aparte del esquema de seguridad colectiva impuesto en 1945 para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Sobre la base de las conclusiones precedentes, el subgrupo D del Instituto de Derecho Internacional entendió que en el estado actual del derecho internacional no había lugar para considerar como lícitas aquellas acciones militares que aún bajo pretexto de una intervención humanitaria, no contaran con una autorización de las Naciones Unidas.

No obstante, el informe complementario reconoció que la violación grave por parte de un Estado miembro de su responsabilidad de proteger a su población civil, constituía, dentro de la práctica del Consejo de Seguridad, una amenaza a la paz y seguridad internacionales. En consecuencia, el Consejo debería tomar todas aquellas medidas, incluyendo el uso de la fuerza, que considerase oportunas para mantener o restaurar la paz⁵¹.

⁴⁹ Ver las experiencias del Consejo de Seguridad en el tratamiento de las poblaciones civiles en Haití S/RES/940 (1994), S/RES/1576 (2004), S/RES/2012 (2011) y en Timor Oriental, S/RES/1599 (2005), S/RES/1690 (2006), S/RES/1745 (2007), S/RES/1802 (2008), S/RES/1867 (2009) S/RES/1912 (2010), S/RES/1969 (2011).

⁵⁰ Conf. las resoluciones del Consejo de Seguridad frente a las situaciones en Sudan S/RES/1591 (2005), S/RES/1982 (2011); en Libia, S/RES/1970 (2011), S/RES/1973 (2011), S/RES/2022 (2011).

⁵¹ Resolución sobre autorización del uso de la fuerza (2011), art. 6: “ Toda situación que implique una violación grave de los derechos humanos y/o una violación grave al derecho internacional humanitario, deberá ser considerada por el Consejo de Seguridad como una amenaza a la paz sobre la que deberá inmediatamente tomar aquellas medidas que considere apropiadas según las circunstancias, incluyendo el uso de la fuerza”, Institut de Droit International, Session de Rhodes, 10th Comisión- Sub-Group D., Pleniére, Septiembre 9, 2011, en www.idi-iil.org.

VI. AUTORIZACIONES EX POST FACTO Y AUTORIZACIONES IMPLÍCITAS

Las intervenciones militares de la OTAN en Kosovo en 1999 y las intervenciones armadas de los Estados Unidos de América y del Reino Unido en Irak en 2003 generaron posiciones encontradas respecto a si podían ser consideradas como excepciones válidas a la regla general o como violaciones a esa regla.

1. La intervención de la OTAN en Kosovo

La crisis de 1999 en Kosovo provocó una profunda tensión entre el principio de la soberanía estatal y la debida protección de los derechos humanos elementales. Por otra parte, esa crisis evidenció los efectos negativos de la parálisis del Consejo frente a violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Los miembros la OTAN que participaron en la intervención militar de Kosovo en 1999 intentaron justificar su accionar en la interpretación de los alcances de resoluciones previas del Consejo de Seguridad relativas a la crisis humanitaria y al conflicto armado en ese territorio⁵². Es un hecho no discutido que ninguna de esas resoluciones autorizaba expresamente el uso de la fuerza a los Estados miembro de las Naciones Unidas ni a los acuerdos regionales. Por lo tanto, las justificaciones a favor de la licitud de dicha intervención se basaron en poderes presuntamente implícitos bajo el sistema de la Carta de las Naciones Unidas.

Pero las intervenciones bajo pretexto de una crisis humanitaria, por el contrario, provocaron posiciones doctrinarias enfrentadas sobre la vigencia de la regla que expresa que la autorización previa del Consejo constituye una precondición necesaria para el emprendimiento de acciones militares.

No solo existió la oposición de Rusia y de China respecto a que las resoluciones previas a la intervención de la OTAN en Kosovo autorizaran el uso de la fuerza, sino que en esas resoluciones, el Consejo de Seguridad confirmaba su interés y preocupación por retener sus funciones sobre la crisis de Kosovo anunciando la posibilidad de tomar otras acciones, si fuera necesario.

Con posterioridad a la intervención de la OTAN, el Consejo de Seguridad adoptó por unanimidad la res. 1244 (1999) por la que, actuando bajo el cap. VII de la Carta, autorizó a los Estados miembro y a las organizaciones regionales relevantes establecer una presencia de fuerzas de seguridad internacional dotadas de todos los medios necesarios para cumplir los objetivos de esa resolución. La res. 1244 (1999) estableció, asimismo, una operación de manteni-

⁵² S/RES/1160 (1998); S/RES/1199 (1998); S/RES/1203 (1998).

miento de la paz compleja (UNIMIK) para, entre otras funciones, administrar el territorio de Kosovo⁵³.

Durante las discusiones relativas a la adopción de la res. 1244 (1999) Rusia y China, consideraron a la intervención de la OTAN en Kosovo como una violación grave al derecho internacional. Sin embargo, ni Rusia ni China vetaron la resolución por la que se reconocía la presencia en Kosovo de las fuerzas de la OTAN.

La res. 1244 (1999) fue interpretada por los que estaban a favor de la intervención, o bien como un reconocimiento de un derecho implícito, o bien como una convalidación *a posteriori* del uso de la fuerza de la OTAN no previamente autorizado por el Consejo de Seguridad⁵⁴.

Es relevante hacer notar que el 26 de marzo de 1999, un proyecto de resolución condenando la intervención de la OTAN en Kosovo no fue adoptado por el Consejo de Seguridad. El proyecto obtuvo los votos favorables de China, Rusia y Namibia y doce votos en contra. Sin embargo, un proyecto de resolución autorizando el uso de la fuerza a la OTAN bajo el art. 53.1 de la Carta, fue retirado por temor a su eventual fracaso frente a los posibles vetos de China y de Rusia.

Podría argumentarse que la falta de condena a las acciones emprendidas por la OTAN en Kosovo quedaría neutralizada por la falta de la autorización expresa de esa intervención por parte del Consejo de Seguridad. Sin embargo, el Consejo, en el ejercicio de sus facultades bajo el cap. VII, tiene el poder discrecional de convalidar situaciones previamente no consentidas.

La práctica posterior del Consejo de Seguridad, no convalidó la intervención de la OTAN en Kosovo como un sólido precedente para inspirar futuras intervenciones sin la autorización del Consejo de Seguridad. Sin embargo, en el contexto de las crisis humanitarias en África, el Consejo de Seguridad ha expresado, con posterioridad al uso de la fuerza por parte de la Comunidad Económica del Oeste Africano sin su previa autorización, su satisfacción por los esfuerzos emprendidos por las organizaciones regionales relevantes⁵⁵.

2. *La intervención de Estados Unidos de América y el Reino Unido en Irak en 2003*

La intervención militar de los Estados Unidos de América y del Reino Unido en Irak en 2003, intentó justificarse en la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas a Irak por la res. 687 (1990) que establecía las condi-

⁵³ S/RES/1244 (1999)

⁵⁴ CONDORELLI, L., “La risoluzione 1244 (1999) del Consiglio di Sicurezza e l’intervento NATO contro la Repubblica Federale di Jugoslavia”, en RONZITTI, N. (ed.) *NATO, Conflict in Kosovo e Costituzione italiana*, 2000, p. 31 y ss.

⁵⁵ S/RES/788 (1992), S/RES/1132/ (1997).

ciones del cese el fuego y las obligaciones subsiguientes a ser observadas por Irak.

Estados Unidos y el Reino Unido argumentaron que la res. 687 (1991) sólo había suspendido temporalmente la autorización del uso de la fuerza contenida en la res. 678 (1990). Por lo tanto, el incumplimiento de Irak de sus obligaciones bajo la res. 687 (1991) automáticamente reactivaba la res. 678 (1990) que autorizaba el uso de la fuerza.

Pero las autorizaciones del Consejo de Seguridad del uso de la fuerza no implican una delegación de su poder de determinar la continuación, la extensión espacial o dar por terminada dicha autorización⁵⁶.

Así es que, Estados Unidos y el Reino Unido, con anterioridad a su intervención no autorizada por el Consejo, elaboraron un proyecto de resolución autorizando el uso de fuerza contra Irak frente al incumplimiento de sus obligaciones bajo la res. 687 (1991)⁵⁷. Este proyecto de resolución fue finalmente retirado de la agenda del Consejo de Seguridad ante el convencimiento de los Estados patrocinantes de que sería vetado.

La constatación del no cumplimiento de una resolución del Consejo no es tarea de los Estados miembro sino que conforma una facultad propia del Consejo en el ejercicio de sus poderes bajo el cap. VII. En igual sentido, los Estados miembro no pueden interpretar una resolución de Consejo del Seguridad autorizando el uso de la fuerza de una manera inconsistente con el expreso mandato contenido en dicha resolución.

Sin embargo, y a pesar de la falta de autorización previa del uso de la fuerza en Irak, el Consejo de Seguridad adoptó la res. 1483 (2003) por la que reconoció que los Estados Unidos y el Reino Unido tenían, de conformidad con el derecho internacional, responsabilidades y obligaciones específicas como potencias ocupantes bajo la Autoridad de la Coalición Provisional (La Autoridad). Esta resolución estableció La Autoridad, otorgándole temporalmente el ejercicio de todas las funciones gubernamentales en el territorio de Irak.

La participación activa de las potencias ocupantes en las funciones de La Autoridad motivó la presunción de un reconocimiento implícito del *estatus quo* generado por el uso de la fuerza no previamente autorizado por el Consejo. Sin embargo, la comunidad internacional sintió el impacto de la constatación de que las razones para intervenir, invocadas por Estados Unidos y el Reino Unido, eran falsas. Este hecho motivó reiteradas críticas, entre otras, la del Secretario General de las Naciones Unidas que, categóricamente, consideró la

⁵⁶ En el caso de la situación en Irak en 1992, el asesor legal de la Secretaría General de las Naciones Unidas consideró que la renovación de la autorización contenida en la res. 678 del Consejo de Seguridad, debía determinarse a través de la intervención del Consejo de Seguridad. La determinación de una violación material y los efectos de sus consecuencias son atribuciones específicas del Consejo de Seguridad; ver "Preliminary Report, subgroup D", en *Annuaire de droit international*, Vol. Session de Naples, 2009, p. 245 y ss.

⁵⁷ El proyecto de resolución fue presentado por los Estados Unidos, el Reino Unido, España y Bulgaria.

intervención militar de los Estados Unidos y del Reino Unido en Irak en 2003 como una violación a la Carta de las Naciones Unidas⁵⁸.

3. *Consecuencias de la falta de autorización y de la ausencia de condena del uso de la fuerza no autorizado*

La falta de reacción o condena por parte del Consejo del uso de la fuerza no previamente autorizado por las Naciones Unidas no implica un reconocimiento tácito de su legalidad según el derecho aplicable. Tampoco pueden los Estados miembro argumentar válidamente que el silencio del Consejo constituye el reconocimiento de un *fait accompli* irreconciliable con el esquema y los objetivos de la seguridad colectiva.

En cuanto a las autorizaciones *ex post facto*, cabe recordar que el Consejo de Seguridad de conformidad a los caps. VII y VIII de la Carta tiene un poder discrecional para asumir su responsabilidad primaria para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En el ejercicio de esas facultades discrecionales, el Consejo puede válidamente convalidar *ex post facto* el uso de la fuerza emprendida por Estados miembro que hayan actuado individualmente o a través de acuerdos regionales.

La ausencia de una resolución del Consejo que condene un uso de la fuerza no previamente autorizado no implica *per se* una convalidación *ex post facto*. Las autorizaciones *ex post facto* deberán ser determinadas por el Consejo de Seguridad en forma clara y precisa. El problema radica en que un veto puede frustrar una decisión del Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza como así también un veto puede frustrar una decisión del Consejo que condena un uso de fuerza no previamente autorizado. Si bien un proyecto de resolución autorizando el uso de la fuerza no podrá ser adoptado en razón de la existencia del veto de uno de los miembros permanentes del Consejo, a su vez un proyecto de resolución condenando un uso de la fuerza no autorizado estará sujeto a la inexistencia de otro veto.

En consecuencia no puede válidamente inferirse de la falta de condena por parte del Consejo de Seguridad un derecho al uso de la fuerza no previamente autorizado por las Naciones Unidas.

La Resolución de Rodas sobre Autorización del Uso de la Fuerza por las Naciones Unidas constató esa afirmación al reconocer que:

*“La falta de reacción o condena por parte del Consejo de Seguridad del uso de la fuerza no previamente autorizado no podrá ser interpretado como una autorización implícita o ex post facto. Esto es sin perjuicio del poder del Consejo de Seguridad de rever la situación y autorizar las operaciones militares existentes”*⁵⁹.

⁵⁸ ZACKLIN, R. *The United Nations Secretariat and the use of force in a unipolar world: Power and principle*, Cambridge University Press, 2009.

⁵⁹ Ídem nota 48, art. 13.

En ese contexto, la Resolución de Rodas expresó que los objetivos, alcances y modalidades para el control de cada autorización deberán ser estrictamente interpretados e implementados. Cuando un uso de la fuerza es autorizado, deberá ser conducido proporcionalmente a la gravedad de la situación y de conformidad con el derecho internacional humanitario⁶⁰.

VII. LA ASAMBLEA GENERAL Y EL USO DE LA FUERZA

El poder del Consejo de Seguridad para determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión es una facultad discrecional no sujeta a control externo como consecuencia de su responsabilidad primaria en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Las funciones de la Asamblea General relativas al mantenimiento de la paz y seguridad colectivas están subordinadas, en principio, al ejercicio por parte del Consejo de Seguridad de sus propios poderes y funciones⁶¹.

La práctica de la Asamblea General fue delineando un sistema menos restrictivo en cuanto a sus posibilidades de actuar frente a situaciones que comprometen la paz y seguridad internacionales.

En 1950 durante el conflicto de Corea, los temores fundados sobre la falta de unanimidad de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para activar los mecanismos del cap. VII de la Carta, provocaron que la Asamblea General adoptara una resolución llamada Unión Pro Paz⁶².

El preámbulo de la resolución reafirmó la importancia de que el Consejo de Seguridad desempeñe su responsabilidad primordial de mantener la paz y

⁶⁰ Ídem ant., art. 9.

⁶¹ La Carta de Naciones Unidas establece en el art. 10: “La Asamblea General podrá discutir cualquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los Órganos creado por esta Carta, y salvo lo dispuesto en el art. 12 podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquellos.”; y en el art. 12.1: “Mientras el Consejo de Seguridad está desempeñando las funciones que le asigna esta carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad. 12. 2. La Asamblea General podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales...y salvo o dispuesto en el art. 12, podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquellos. Toda cuestión de esta naturaleza con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla”.

⁶² La Resolución de la Asamblea General Unión Pro Paz de 1950 resolvió que “...si el Consejo de Seguridad, por la falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales en todo caso que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive en casos de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de la fuerzas armadas cuando fuere necesario a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.”; res. AG 377 (V), 3/11/1950.

seguridad internacionales, recordando el deber que tienen los miembros permanentes del Consejo de procurar que haya unanimidad entre ellos y su obligación de obrar con moderación en el ejercicio del derecho de veto. El preámbulo confirmó también que el hecho de que el Consejo de Seguridad no cumpla con las responsabilidades que le incumben no priva a la Asamblea General de los derechos que tiene en virtud de la Carta, ni la exime de las responsabilidades que le impone la misma de mantener la paz y seguridad colectiva.

La resolución Unión Pro Paz no reconoce la capacidad de la Asamblea General de imponer a los Estados Miembros las obligaciones emanadas del cap. VII de la Carta. La resolución solo posibilita a la Asamblea recomendar a los Estados miembro el uso de la fuerza. En este contexto es relevante lo expresado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas al afirmar que si bien la responsabilidad primaria del Consejo de Seguridad sobre el mantenimiento de la paz y seguridad colectiva es primordial y no exclusiva, solamente el Consejo posee el poder de imponer obligaciones explícitas bajo el cap. VII⁶³.

Como consecuencia de la posibilidad de que la Asamblea General, frente a la parálisis del Consejo, pueda recomendar el uso de la fuerza, deberá asumirse que también tiene la facultad de determinar la existencia de una situación de amenaza de la paz, quebrantamientos de la paz o acto de agresión.

La gran mayoría de las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas bajo el cap. VII expresan en su parte dispositiva final que el Consejo decide “permanecer activamente ocupándose de la cuestión”. Pero la decisión de “permanecer activamente ocupándose” no imposibilita a que la Asamblea General pueda, ante la ausencia de acciones emprendidas por el Consejo, recomendar el uso de la fuerza bajo la resolución Unión Por Paz.

En consecuencia, la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad es el único requisito para que en aplicación de la resolución Unión Pro Paz, la Asamblea General adopte una resolución recomendando el uso de la fuerza.

En este contexto cabe recordar que el art. 12.1 de la Carta establece claramente:

“Mientras el Consejo de Seguridad está desempeñando las funciones que le asigna esta carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad”.

La CIJ en su opinión consultiva sobre la Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración de Independencia relativa a Kosovo determinó los alcances del art. 12 al expresar que el límite que la Carta le impone a la Asamblea General para proteger el rol del Consejo de Seguridad se encuentra en el contenido del art. 12 que restringe el poder de la Asamblea General a

⁶³ ICJ Reports, 1962, párr. 163.

hacer recomendaciones después de discutir, por lo tanto no restringe su poder de efectuar tales discusiones⁶⁴.

La CIJ afirmó que el art. 12 no impedía toda otra acción de la Asamblea General respecto a amenazas a la paz y seguridad que estaban siendo tratadas por el Consejo de Seguridad. La Corte ya había con anterioridad considerado con cierto detalle esta cuestión en su opinión consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Ocupado de Palestina⁶⁵ al reconocer la existencia de una tendencia creciente de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de tratar paralelamente el mismo asunto concerniente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La Corte observó que, reiteradamente, el Consejo de Seguridad ha tendido a concentrarse en los aspectos relativos a la paz y seguridad internacionales, mientras que la Asamblea General ha tomado una actitud más amplia considerando los aspectos humanitarios, sociales y económicos⁶⁶.

En este contexto, es relevante recordar que la Corte en su opinión consultiva sobre la Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración de Independencia relativa Kosovo, se refirió a la relación entre la Asamblea y el Consejo en el contexto de una objeción a sus poderes discrecionales para emitir una opinión consultiva, mientras que, en su opinión consultiva sobre la Legalidad del Muro en Territorio Ocupado de Palestina, se refirió a esa relación para determinar si tenía o no jurisdicción.

Para la Corte, el hecho de que un asunto recaiga dentro de la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad sobre el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que el Consejo haya ejercido sus funciones al respecto; no precluye la capacidad de la Asamblea General para discutir la situación o, con los límites establecidos por el art. 12, hacer recomendaciones sobre el particular. La Corte agregó que la res. 377 (V) de la Asamblea General le permite a ésta hacer recomendaciones sobre medidas colectivas para restablecer la paz y seguridad internacionales en todo caso que haya una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, cuando el Consejo de Seguridad se encuentra imposibilitado de actuar ante la falta de unanimidad de sus miembros permanentes⁶⁷.

Si bien la Corte reconoce la capacidad de la Asamblea General para hacer recomendaciones en casos de amenaza a la paz, quebrantamiento a la paz o acto de agresión, debe recordarse que la resolución Unión Pro Paz limitó dicha facultad respecto a situaciones de quebrantamientos de la paz o actos de agresión, excluyendo situaciones de amenaza a la paz. En reconocimiento de la restricción impuesta por la resolución Unión Pro Paz, la resolución del IDI

⁶⁴ ICJ Reports, 2010, párr. 40.

⁶⁵ ICJ Reports, 2004, párr. 26, 27.

⁶⁶ ICJ Reports, 2010, párr. 41.

⁶⁷ ICJ Reports, 2004(I), Paragr. 30; ICJ Reports 2010, párr. 42.

de Santiago de Chile sobre Legítima Defensa afirmó en su art. 7° que, en caso de amenaza de un ataque armado contra un Estado, solamente el Consejo de Seguridad tiene la facultad de decidir o autorizar el uso de la fuerza⁶⁸.

Al presente, la posición generalizada de la doctrina basada en la práctica de los Estados reconoce la capacidad de la Asamblea de asumir las responsabilidades del Consejo bajo el cap. VII y, en consecuencia, recomendar a los Estados miembro el uso de la fuerza frente a situaciones de quebrantamientos de la paz o actos de agresión⁶⁹.

Dentro de este contexto, la reciente resolución del IDI de Rodas sobre Autorización del Uso de la Fuerza por las Naciones Unidas, reconoció que, en circunstancias en las que el Consejo de Seguridad no tiene posibilidad de actuar en el ejercicio de su responsabilidad primaria de mantener la paz y seguridad internacionales debido a la falta de unanimidad de sus miembros permanentes, la Asamblea General deberá ejercer su competencia bajo la resolución Unión Por Paz a fin de recomendar aquellas medidas que considere apropiadas⁷⁰.

Sin embargo, el hecho del reconocimiento de la responsabilidad de actuar de la Asamblea General ante la parálisis del Consejo, no asegura un consenso generalizado de los Estados miembro para asumir la decisión política de activar la resolución Unión Pro Paz.

La ausencia de acciones inmediatas del Consejo de Seguridad frente a pasadas crisis humanitarias como las sufridas en Rwanda, en Kosovo o en el norte de Irak, parecerían pertenecer al pasado. Sin embargo, la actual situación de inercia del Consejo frente a la crisis humanitaria en Siria, reactiva el complejo mapa político de intereses contrapuestos.

Al presente, los vetos de Rusia y China emitidos 4/2/2012 a un proyecto de resolución del Consejo de Seguridad relativo a la crisis humanitaria en Siria, ponen de manifiesto la incapacidad del Consejo de ejercer sus funciones bajo el cap. VII de la Carta⁷¹. Esta situación habilita expectativas sobre el rol que podría adoptar la Asamblea General para accionar mecanismos alternativos en el ejercicio de su responsabilidad residual en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

⁶⁸ “Annuaire de L’Institut de Droit International”, Sesión de Santiago (2007), vol. 72, p. 234.

⁶⁹ SIMMA, B., (ed.) *The charter of the United Nations, a commentary*, 1999; ALVAREZ, J. E., *International Organizations and law makers*, Oxford University Press, 2005. En oposición a esta tendencia generalizada ver DINSTEIN, Yoram, *War, agresión and self defence*, Cambridge University Press, 2001, at p. 275.

⁷⁰ Ídem nota 48, art. 7.

⁷¹ Ver reuniones del Consejo de Seguridad de los días 2, 3 y 4 de febrero de 2012.

VIII. CONTROL POLÍTICO DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO

La Carta de Naciones Unidas exige al Consejo de Seguridad que someta a la consideración de la Asamblea General informes anuales y, cuando fuera necesario, informes especiales⁷².

Pero la Asamblea General, al considerar los informes anuales del Consejo, no está facultada para aprobar o desaprobar las decisiones adoptadas por ese órgano en el ejercicio de su responsabilidad primaria para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁷³.

Por otra parte, los Estados miembro han reconocido que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos delegado en este la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales⁷⁴. En este contexto, los Estados miembro acordaron aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad.⁷⁵

IX. CONTROL JUDICIAL E INTERPRETACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

I. Control judicial

Las funciones y poderes del Consejo de Seguridad de conformidad con el cap. VII de la Carta tienen un carácter eminentemente discrecional⁷⁶. No existe un control judicial predeterminado para desafiar la oportunidad o legalidad de las decisiones tomadas por el Consejo. El Consejo es un órgano político y adopta decisiones políticas. Su responsabilidad primaria es asegurar una pronta y efectiva acción para mantener y restaurar la paz y seguridad internacionales. Sin embargo, cabe recordar que en el desempeño de sus funciones, el Consejo

⁷² Carta de Naciones Unidas, art. 24.3.: “El Consejo de Seguridad presentará a la Asamblea General para su consideración informes anuales y, cuando fuere necesario, informes especiales”.

⁷³ TALMON, S., “The Security Council as World Legislature” en *American Journal of International Law*, 99, nro. 1, 2005.

⁷⁴ Carta de Naciones Unidas, art. 24. 1.: “A fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”.

⁷⁵ Carta de Naciones Unidas, art. 25 “Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo a esta Carta”.

⁷⁶ ZEMANEK, K., “Is the Security Council the sole judge of its own legality? A Re-Examination”, en *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, REINISCH y KRIEBAUM, U. (Eds), Utrech, 2007. SAAROSHI, D., *International Organizations and their exercise of sovereign powers*, Oxford University Press, 2005.

de Seguridad deberá proceder en conformidad con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas⁷⁷.

La Corte, como ya se expresara, sostuvo que ella y el Consejo de Seguridad tienen funciones separadas (judiciales y políticas) pero complementarias respecto al mismo evento⁷⁸. Siendo las resoluciones del Consejo autorizando el uso de fuerza medidas de naturaleza política, no habría posibilidad, en principio, de ser revisadas o derogadas por la Corte.

2. Interpretación

La aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad, autorizando el uso de la fuerza, deberán en principio ser interpretadas y aplicadas restrictivamente en razón de que esas autorizaciones son una excepción al principio de la abstención de la amenaza y el uso de la fuerza contemplados en el art. 2.4 de la Carta.

El Consejo de Seguridad no es el único órgano con potestad para interpretar y aplicar el contenido y alcances de sus propias resoluciones. La Corte sostuvo que el hecho de que ella tenga necesariamente que interpretar y aplicar una resolución del Consejo de Seguridad para responder una cuestión sometida a su opinión por la Asamblea General, no constituye una razón que la obligue a no responder dicha cuestión. Aclaró a su vez que, mientras la interpretación y aplicación de una decisión de uno de los órganos políticos de las Naciones Unidas es, en primer lugar, la responsabilidad del órgano que adoptó esa decisión, la Corte, como órgano principal de las Naciones Unidas, ha sido frecuentemente requerida para considerar la interpretación y los efectos legales de esas decisiones⁷⁹.

La Corte ha reiteradamente interpretado las resoluciones del Consejo de Seguridad tomando en cuenta la posición de los representantes de los Estados miembro al momento de su adopción, otras resoluciones del Consejo sobre los mismos temas como así también la práctica subsiguiente de los órganos y Estados miembro afectados por esas resoluciones⁸⁰.

En el caso de las acciones militares en el territorio del Congo, la Corte si bien rechazó las medidas provisionales solicitadas sobre la base de que no tenía jurisdicción *prima facie*, recordó a las partes sus obligaciones emanadas del derecho internacional. La Corte tomó nota sobre la adopción por parte del Consejo de Seguridad de varias resoluciones concernientes a la situación en la región y que el Consejo de Seguridad había hecho un llamado a los Estados

⁷⁷ Carta de las Naciones Unidas, art. 24.2.

⁷⁸ Caso concerniente a las acciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Jurisdicción), ICJ Reports, 1984.

⁷⁹ ICJ Reports, 2010, párr. 46

⁸⁰ ICJ Reports 2010, párr. 94. Conf. ICJ Reports 1971, párr. 116.

parte en el conflicto a poner fin a las violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos⁸¹.

En el caso de las acciones militares y paramilitares en y contra Nicaragua, la Corte sostuvo que el hecho de que una situación sea tratada por el Consejo de Seguridad no puede oponerse a su propia jurisdicción. La Corte tiene funciones judiciales mientras que el Consejo de Seguridad tiene funciones políticas. Ambos órganos deben cumplir sus propias funciones. La Corte encontró que la controversia presentada por Nicaragua no se refería a un conflicto armado sino a una situación que necesitaba de una solución pacífica de acuerdo al cap. VI de la Carta. Por lo tanto, la controversia no se refería a una situación que solamente podía tratar el Consejo de Seguridad de acuerdo al cap. VII de la Carta⁸².

En los casos “Lockerbie”⁸³, las demandadas, los Estados Unidos de América y el Reino Unido, argumentaron que la existencia de resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la controversia planteada por Libia vaciaba de objeto la demanda. Las demandantes argumentaron que el objeto de la controversia había sido contemplado en resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad bajo el cap. VII y que estas resoluciones tenían, por el art. 103 de la Carta, jerarquía superior a la de cualquier otro tratado. La Corte concluyó que las objeciones de las partes demandadas sobre la falta de objeto del reclamo de Libia no tenían un “carácter exclusivamente preliminar” de acuerdo al art. 79 de las Reglas de la Corte, y en consecuencia, rechazó las objeciones a su jurisdicción.

Estos precedentes de la Corte confirman su competencia para decidir sobre la interpretación y aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Sin embargo, la Corte no tiene jurisdicción para expedirse sobre la oportunidad o legalidad de una resolución del Consejo que autorice o dé por terminado el uso de fuerza bajo el cap. VII de la Carta. Estas facultades pertenecen al dominio reservado del Consejo.

Ante una interpretación, por parte de la CIJ, de una resolución del Consejo de Seguridad, deberá tenerse en cuenta que, tanto la modificación como la terminación de una resolución, dependen del poder discrecional del Consejo. Por lo tanto, podría argumentarse que el Consejo retiene un poder residual para imponer su propio criterio frente a la interpretación distinta de la CIJ con simplemente adoptar una nueva resolución.

⁸¹ ICJ Reports, 2002, Orden del 10 de julio de 2002; ICJ Reports 2010, párr. 54.

⁸² ICJ Reports 1984, párrs. 89, 90.

⁸³ Cuestión sobre la interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 surgidas del incidente aéreo en Lockerbie, (“Libia v. Estados Unidos de América”) (“Libia v. Reino Unido”), ICJ Reports, 1998.

X. CONCLUSIONES

Desde comienzos de la década del noventa del siglo pasado, la práctica reiterada del Consejo de Seguridad ha confirmado su poder de autorizar a los Estados miembro de la Organización, actuando individualmente o a través de fuerzas multinacionales o de acuerdos u organismos internacionales, tomar todas las medidas necesarias, incluyendo el uso de la fuerza, para mantener o restaurar la paz y seguridad internacionales.

En el ejercicio de esa facultad discrecional, el Consejo deberá previamente haber determinado la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. La implementación de las autorizaciones del uso de la fuerza queda sujeta al control del Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad determina los propósitos y los alcances de las autorizaciones y decide sobre su ampliación, continuación o terminación. El uso de la fuerza autorizado por el Consejo deberá implementarse proporcionalmente a la gravedad de la situación y en cumplimiento del derecho internacional humanitario. No podrá invocarse una autorización previa del Consejo como justificativo de acciones que van más allá de los objetivos previstos, de la duración temporal o del ámbito espacial de esa autorización.

En el cumplimiento de sus funciones el Consejo de Seguridad deberá actuar de acuerdo a los propósitos y principios de la Carta y en consideración a que, en toda circunstancia, el uso de la fuerza debe ser un último recurso posible.

La ausencia de reacción o condena del Consejo de Seguridad del uso de la fuerza no previamente autorizado no pueden ser interpretados como una autorización implícita o *ex post facto*, sin perjuicio del poder del Consejo de convalidar determinadas situaciones y en consecuencia autorizar operaciones militares existentes.

Las conclusiones anteriores definen la existencia de un amplio poder discrecional del Consejo de Seguridad que, a su vez, depende del posicionamiento que asuman, frente situaciones determinadas, cada uno de sus miembros permanentes con derecho a veto. Esta realidad, sumada a la falta de controles externos de las acciones u omisiones del Consejo, condiciona toda expectativa sobre acciones futuras.

Sin embargo, las prácticas recientes de la Organización de las Naciones Unidas en su conjunto, posibilitan definir tendencias que imponen al Consejo de Seguridad la necesidad de reaccionar frente a toda situación relativa a violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que pongan en peligro la paz y seguridad internacionales. Frente a estas situaciones el Consejo de Seguridad deberá determinar la existencia de una amenaza a la paz y seguridad internacionales y en consecuencia, deberá tomar las medidas que considere apropiadas, incluyendo el uso de la fuerza.

Frente a futuras omisiones o falta de reacciones del Consejo de Seguridad, queda la posibilidad de que la Asamblea General asuma sus facultades residuales para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales bajo la resolución Unión Pro Paz.

El sistema para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales existe y las reglas son claras. Sin embargo, para activar los mecanismos previstos y hacer operativas esas reglas, se necesita inexorablemente de la voluntad política de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y alternativamente, la voluntad de la mayoría necesaria en la Asamblea General para recurrir a la resolución Unión Pro Paz.

LA RESPONSABILIDAD *SINE DELICTO* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Por JULIO BARBOZA*

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) dio término, en el año 2006, al tema de la responsabilidad por hechos¹ no prohibidos por el derecho de gentes. Originalmente concebido como un único tema, se transformó finalmente en un par de proyectos relativos a las actividades que conllevan un riesgo inherente de causar daños transfronterizos, enfocado el uno en la prevención del daño transfronterizo y en la responsabilidad por la efectiva producción del daño el otro.

Básicamente, el tema se refería a una responsabilidad sin hecho ilícito, como lo indica su título original². Si bien hace tiempo que los principales sistemas jurídicos del mundo han incorporado esta responsabilidad, no tiene aún carta de ciudadanía en el Derecho Internacional general. En cambio, en una importante cantidad de tratados multilaterales, (Derecho Internacional particular) formas de esa responsabilidad han sido adoptadas para regir actividades consideradas peligrosas, pero de interés y beneficio social.

Circunstancias especialmente difíciles acechaban al tema en la Comisión de Derecho Internacional, debido principalmente a la renuencia de los Estados

* Ex profesor titular interino de la Facultad de Derecho de la UBA, ex Consejero legal de la Cancillería, ex miembro, relator especial y presidente de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, ex juez y presidente del Tribunal Administrativo de la ONU, ex profesor visitante de la *Academie de Droit International de La Haya*.

¹ La Comisión prefirió “hechos” en lugar de “actos” lícitos o ilícitos porque los “actos” requieren participación de la voluntad y además en opinión de muchos miembros, no comprendía las omisiones. La versión inglesa conservó, sin embargo, la expresión *acts* porque los miembros de esa habla aseguraron que en inglés *acts* las incluía. El presente autor tiene alguna reserva respecto a la corrección del concepto “transfronterizo”, por no ser suficientemente abarcativo de todas las posibilidades de daño del tipo que intenta mentar. Por ejemplo, el daño producido por una actividad en un buque de cierta bandera con respecto al territorio de otro Estado, o a otro buque de bandera diferente, donde no hay técnicamente hablando “fronteras”. Tal vez “transjurisdiccional” fuera mejor. En todo caso es una cuestión semántica.

² Responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibido por el Derecho Internacional.

en aceptar para sí compromisos de carácter general³, especialmente en un terreno considerado nuevo. La tendencia predominante en la práctica interestatal era ya entonces claramente favorable a las convenciones multilaterales sobre actividades específicas, en las que se establecía la responsabilidad de los explotadores pero raramente la del Estado de origen de la actividad. Una convención general que contuviera principios aplicables a todas las actividades de riesgo venía, entonces, a contrapelo de la preferencia mayoritaria de los Estados⁴ y en primer lugar, de aquellos que eran actuales o potenciales contaminadores. Durante el examen del proyecto de la responsabilidad por hechos ilícitos la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas tropezó en 1973 con esta forma de responsabilidad y creó un tema nuevo con el título indicado (Nota 2).

I. LA RESPONSABILIDAD SINE DELICTO

En Derecho, la responsabilidad por un daño puede nacer *ex delicto*, o *sine delicto*, según que el daño se haya o no producido por la violación de una obligación. La primera, tras vacilaciones y un proceso de codificación que duró alrededor de cuarenta años⁵, es ya sin duda parte del Derecho Internacional general y encuentra expresión en los artículos incorporados a la Res. AGNU 56/83. La segunda no tiene carta de ciudadanía en el Derecho general, al menos para la doctrina más ortodoxa y para la *opinio iuris* de los Estados, pero campea en el Derecho particular en convenciones multilaterales que reglan actividades específicas, como el transporte de petróleo por mar, su explotación *off shore*, la producción de energía —en particular de energía nuclear— el transporte de materiales nucleares, el lanzamiento de objetos al espacio cósmico, el depósito y transporte de desechos peligrosos u otras sustancias nocivas, tanto como ciertas industrias accidentalmente contaminantes⁶.

Ha sido la aparición del riesgo transfronterizo, hijo de las modernas tecnologías, el que ha traído consigo la necesidad de normas que consagren responsabilidad internacional por actividades que el Estado permite en su derecho interno. Cuando estas producen daños transfronterizos, nace una cierta contradicción: la soberanía territorial favorece, por un lado, al Estado *de origen* de

³ Si bien es cierto que la Comisión carece de un poder legislativo, y por ende no puede imponer tales compromisos a los Estados, sus productos han sido consagrados en múltiples convenciones multilaterales y constituyen, muchas veces, la base de nuevas normas generales del Derecho Internacional.

⁴ La Convención de Lugano, redactada con el patrocinio del Consejo de Europa, es la única que se ocupa, con un enfoque general, de la responsabilidad por actividades peligrosas para el medio ambiente, y no obstante haber sido acordada hace ya tiempo, no ha alcanzado un número de ratificaciones que aliente esperanzas sobre su futura entrada en vigor.

⁵ O más de setenta, si se considera la Conferencia de La Haya de 1930, que trató el tema infructuosamente.

⁶ El manejo y transporte de organismos vivos genéticamente modificados se incluye, según algunas opiniones, dentro del grupo de actividades de riesgo.

la actividad, quien tiende a desechar cualquier interferencia con su libertad de permitir actividades dentro de su territorio. Pero esa misma soberanía permite al Estado *afectado* alegar la intangibilidad de su integridad territorial, perjudicada por la interferencia dañosa⁷: compatibilizar ambas caras de la territorialidad es, entonces, un imperativo lógico (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) y una forma de hacerlo es a través de la responsabilidad, pero no de cualquier forma de responsabilidad, sino de la *sine delicto*, que hace posible el *desideratum* de una reparación *pronta* y es más flexible en su aplicación.

Si bien los rasgos de esta responsabilidad no pueden describirse según el Derecho general, donde no existe un cuerpo normativo que lo aplique, podemos intentarlo a través del análisis de las convenciones en que habita.

Una primera reflexión es que su diferencia respecto a la responsabilidad por hecho ilícito es innegable. Por de pronto, el daño que la desencadena puede ser causado por la actividad de personas privadas y no por un Estado. En ese caso, y, como por definición no proviene de un hecho ilícito, no estaría presente ninguna de las dos condiciones con que el art. 2 del texto de 2001, incorporado a la Res. AGNU 56/83, caracteriza a la responsabilidad *ex delicto* del Estado⁸.

Hay también alguna desprolijidad terminológica a su respecto. Suele llamársela, algo indistintamente, “responsabilidad objetiva” o “responsabilidad sin culpa”, a veces también “responsabilidad por riesgo” o “causal”. Los dos primeros términos, aunque correctos, son ambiguos: es objetiva en cuanto no puede haber culpa⁹ sin violación de obligación. Pero también puede ser objetiva la responsabilidad *ex delicto*, cuando la *violación* de la obligación se configura sin exigencia de culpa, por ejemplo cuando se requiere un cierto número de extinguidores de incendio en una construcción, o que los tabiques tengan un cierto espesor, etc. Las obligaciones en que la culpa es irrelevante para su violación son, en realidad, mayoría en el Derecho Internacional¹⁰.

En la especie *sine delicto* dentro del género objetivo, el riesgo reemplaza a la infracción¹¹ y el remedio para el daño en la norma primaria no tiene carácter

⁷ Es el mismo dilema de la doctrina Harmon llevado a la generalidad del riesgo transfronterizo.

⁸ En el segundo caso, esto es, cuando el daño es producido por un hecho del Estado, le faltaría todavía a éste la condición fundamental de ser ilícito. El texto del artículo mencionado es el siguiente: “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: (a) es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y (b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. Una completa descripción de las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad puede encontrarse en BARBOZA, Julio, “Sine delicto (causal) liability and responsibility for wrongful Acts in international law”, en la publicación de la *CDI: International law on the eve of the twenty-first century* Nueva York, 1997, ps. 317/328.

⁹ O sea, no hay elemento subjetivo.

¹⁰ Más aún, en doctrina internacional no hay un consenso claro sobre lo que sería la culpa del Estado.

¹¹ En el caso de la responsabilidad por riesgo, que es la forma en que ocurre la enorme mayoría de los casos de responsabilidad *sine delicto*, como veremos.

de sanción, sino de prestación cuyo cumplimiento evita la entrada en funcionamiento de la norma secundaria. No pagar la indemnización equivaldría a violar la norma primaria y gatillar la norma secundaria, (responsabilidad por hecho ilícito).

La responsabilidad por riesgo conforma la gran mayoría de casos de responsabilidad *sine delicto* en Derecho, pero hay otros en que el riesgo no juega ningún papel¹². Pero fue el asunto del riesgo lo que motivó, en la CDI, su separación del tema de la responsabilidad por hecho ilícito, comenzando por las llamadas por Jenks “actividades ultra peligrosas”¹³, como las nucleares o las espaciales.

Consideraciones pragmáticas prevalecen en la responsabilidad *sine delicto*: pronta indemnización por daños causados —imposible si debe probarse la culpa—, viabilidad económica de las actividades y para ello reparaciones no necesariamente integrales¹⁴, *canalización* de la responsabilidad hacia ciertas personas (normalmente, el explotador)¹⁵, creación de fondos indemnizatorios solventados por entidades que no guardan relación con el accidente¹⁶, etc.

Pero hay también razones de justicia distributiva, que exige la *internalización* de tales daños, esto es, que se impongan a la entidad que se beneficia con la actividad que conduce y no sobre víctimas ajenas a la empresa. En resumen, que ciertas actividades de riesgo pero útiles socialmente reclaman, por razones pragmáticas y de justicia, un régimen jurídico que les permita continuar, a pesar del daño que eventualmente causen, sin imponer cargas indebidas a las víctimas y sin deteriorar el medio ambiente.

Algunos juristas internacionales, como R. Ago y R. Quadri reservan el nombre de responsabilidad a la originada en el hecho ilícito y consideran a la *sine delicto* como una garantía por los eventuales daños del riesgo inherente a la actividad: sólo conciben la responsabilidad dentro del dominio de las

¹² Por ejemplo, en el caso del art. 110 de la Convemar, en que el buque de guerra es responsable por los daños que pudo causar la visita si el buque visitado no estaba en infracción. En derecho interno puede citarse la responsabilidad del posadero o de las compañías de transporte por los equipajes, etc.

¹³ En inglés, *ultra-hazardous*, o sea aquellas que oscilan entre una probabilidad alta de causar un daño fronterizo simplemente significativo y una baja de causar un daño catastrófico.

¹⁴ Esto es, menores que la *restitución integral* de la célebre decisión de la Corte Permanente en el caso de la usina de Chorzow. “Chorzow Factory Case”, PCIJ, Series A, nro. 17, 1928, ps. 47/48.

¹⁵ Entre otras razones porque es quien se encuentra en mejor posición para transferir sus costos a la sociedad en general mediante el aumento del precio de sus productos. Se completaría así el círculo: el daño causado a particulares por una actividad útil a la sociedad termina siendo pagado por la sociedad, o al menos por una parte de ella.

¹⁶ Aunque sí, desde luego, con la actividad, como por ejemplo los importadores o exportadores en el caso del petróleo, etc.

normas secundarias¹⁷, que entran en funcionamiento por la violación de las obligaciones primarias¹⁸.

La llamada *strict liability* del derecho anglo-norteamericano parece ser, en principio, una responsabilidad objetiva por hecho ilícito, desde que su lugar está entre los llamados *torts*¹⁹, o sea en conductas que contravienen alguna obligación, en este caso sin que importe el componente subjetivo de la culpa. Sin embargo, de acuerdo al derecho estatutario (*statute law*, o sea las leyes dictadas por el Parlamento a diferencia del *common law*, o derecho consuetudinario²⁰), corresponden indemnizaciones por accidentes del trabajo sin que ello implique violación de obligación alguna por parte del patrón o del empleado. La *strict liability* parecería ser una forma de responsabilidad objetiva (sin culpa) en sus dos ramas (*sine y ex delicto*)²¹.

II. EL PROYECTO EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

I. Introducción

La primera preocupación de la CDI cuando, en el tratamiento de la responsabilidad por hechos ilícitos tropezó con la *sine delicto*, fue sacarla del medio. La Comisión había acordado desde el principio que en la definición de la responsabilidad *ex delicto* era menester una fórmula que no prejuzgara sobre la existencia de responsabilidad por hechos lícitos. Así se dejaba un espacio

¹⁷ Hay varias tentativas filosóficas destinadas a distinguir las normas jurídicas según sus características. Kelsen ya hablaba de reglas primarias y secundarias, y también lo hacía H.L.A. Hart, aunque diferenciándolas según criterios distintos a los de la CDI. Carlos Cossio retomó la clasificación kelseniana pero concebía una sola norma con dos trechos, la perinorma y la endonorma, unidos por la conjunción “o” que reflejaba la libertad humana en la lógica jurídica trascendental.

¹⁸ Como es sabido, en el Derecho Internacional clásico no había un capítulo de responsabilidad como tal, sino solamente de la que surgía del tratamiento a extranjeros en el territorio nacional. Este capítulo comprendía las obligaciones primarias de los Estados a este respecto —lo cual no sería responsabilidad— así como las consecuencias de su violación, que sí sería materia de responsabilidad del Estado, aunque quedaran afuera porciones de responsabilidad originadas en fuentes distintas del tratamiento a extranjeros. No había, en suma, una teoría general de la responsabilidad de los Estados en el Derecho Internacional. Mediante la distinción entre normas primarias y secundarias la CDI, bajo la batuta de Roberto Ago, extrajo a la responsabilidad *ex delicto* de su prisión en la protección diplomática y la ubicó en su real *habitat* de las obligaciones secundarias.

¹⁹ Reminiscente de nuestra palabra castellana “entuerto”, o sea, lo torcido, lo que es contrario a derecho. Recordar que el diptongo “ue” se transforma muchas veces en una simple “o”, como en “orfandad” de “huérfano” o en “oval” de “huevo”.

²⁰ En opinión del autor, más que consuetudinario, el *common law* parece ser un derecho judicial, puesto que el original derecho consuetudinario pasó, durante siglos, por el filtro de los tribunales que lo interpretaron, lo sistematizaron y le dieron su contenido actual.

²¹ En la *strict liability sine delicto* la culpa no existe puesto que no hay violación de obligación, en la *strict liability ex delicto* la culpa puede existir, pero no es relevante.

para tratar un proyecto sobre responsabilidad *sine delicto* separadamente, por las razones del ya famoso párrafo del informe de la CDI del año 1973:

En vista del fundamento completamente distinto de la llamada responsabilidad por riesgos y de la naturaleza diferente de las normas que la prevén y habida cuenta de su contenido y de las formas que puede adoptar, un examen conjunto de ambas cuestiones no podría sino hacer más difícil la comprensión de una y otra²².

El mandato de la Asamblea General y el informe del Grupo de trabajo encargado de dar una opinión preliminar sobre el nuevo tema confirmaron esa línea. Para el Grupo de trabajo, la relación más fundamental del proyecto era con la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos y, por ende, había que aclarar esa relación. Se decidió, además, que lo *sine delicto* debía encararse en términos de normas primarias: tales bases lo hacían adecuado para su codificación y desarrollo progresivo.

La CDI se lanzó a esa tarea con un considerable número de sus miembros —y de Estados de la Sexta Comisión de la AG— escépticos tocante la existencia de normas de responsabilidad *sine delicto* en el Derecho Internacional general y consecuentemente opuestos a su codificación. Pero si la codificación carecía de contenido por falta de normas consuetudinarias, todavía quedaba el desarrollo progresivo como meta del art. 13, 1 (a) de la Carta de las Naciones Unidas para la Comisión y ésta optó *volis nolis*, por hacerse cargo de reglar el riesgo en el Derecho Internacional.

Dos caminos se abrían: el de intentar un comprensivo conjunto de normas o el de un escueto número de principios que pudieran ser desarrollados por la práctica de los Estados²³. Lo primero se impuso por influencia del llamado “plan esquemático”²⁴, —que traía ya un procedimiento relativamente complejo— y por contribuciones posteriores de diferentes sectores de la Comisión, incorporadas en la esperanza de algún consenso. Pero la tendencia era claramente favorable a las convenciones particulares sobre actividades especí-

²² Y agrega: “El hecho de verse obligado a asumir los posibles riesgos del ejercicio de una actividad de por sí legítima y el hecho de tener que afrontar las consecuencias, no limitadas necesariamente a una reparación, que entraña la violación de una obligación jurídica, no son situaciones comparables. Sólo la pobreza relativa del lenguaje jurídico hace que se utilice habitualmente la misma expresión para designar una y otra”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1973, vol. II, p. 172.

²³ Hubiera sido mejor, si las circunstancias lo hubieran permitido, un consenso sobre el núcleo de un régimen de responsabilidad para que la AG emitiera una declaración que sirviera de punto de partida de un desarrollo consuetudinario. La llamada “nueva costumbre” puede desarrollarse con relativa rapidez a partir de textos acordados, si éstos encuentran aceptación en la comunidad internacional. Así lo propuso el segundo relator especial, (Barboza) en 2002, luego del final de su mandato, en un artículo titulado “Liability: can we put humpty-dumpty together again?”, *Chinese Journal of International Law*, 2002, nro. 2, p. 523 et seq. Por “un consenso sobre el núcleo del régimen de responsabilidad” el autor entendía un consenso sobre los *principios* que sustentaban aquel régimen.

²⁴ Proyecto sumario del tema presentado al cuarto año de su tratamiento por el primer relator especial, profesor Quentin-Baxter.

ficas, con responsabilidad de los explotadores pero raramente del Estado de origen. El hecho fue que un considerable número de miembros en la CDI y de Estados en la Sexta Comisión de la AG, representantes de un conspicuo sector de la comunidad internacional, continuaban incómodos con el tema y que, paralelamente otro sector, numéricamente sustancial, prefería continuar en la esperanza de algún compromiso. A juzgar por las instrucciones anuales de la AG a seguir con el tema, esta última posición era mayoritaria. Finalmente, la Comisión redactó un conjunto de artículos completo y bastante detallado sobre *prevención* mientras que respecto a la responsabilidad, llamada ahora “asignación de la pérdida” produjo ocho principios generales.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se renueva totalmente cada cinco años. Un núcleo de miembros resulta reelecto y mantiene la continuidad, pero cada etapa tiene características propias y suele haber cambios en la orientación de los proyectos. Cada tema es propulsado por un relator especial, que lo desarrolla en informes anuales y cuyo liderazgo es importante para la final economía de los textos²⁵. En el tratamiento de la responsabilidad *sine delicto* se pueden distinguir dos ciclos: uno largo, comenzando en 1978, que reconoce a dos relatores especiales: el profesor Quentin-Baxter, de Nueva Zelanda y luego de su fallecimiento, quien escribe estas líneas. El primero presentó cinco informes, incluyendo un plan esquemático que desarrolló prácticamente toda su concepción del tema, pero por necesidad algo fragmentariamente porque adelantó las nociones básicas; el segundo presentó doce informes orientándose al principio en el Plan esquemático pero apartándose a medida que los debates presentaban las cuestiones que lo configuraban bajo una luz a veces diferente. En 1996, en vísperas de que tanto la Comisión como el segundo relator especial terminaran sus mandatos, se formó un grupo de trabajo cuyo informe se proponía resumir lo hecho y facilitar la tarea de la Comisión entrante.

El segundo ciclo es bifurcado: habiendo a Comisión dividido el tema en prevención y responsabilidad, hubo un primer período sobre prevención, que se extiende entre 1997 y 2001 y a cuyo fin la CDI presentó artículos para ser considerados por una convención codificadora. La Comisión pisaba terreno firme, ya que existía una opinión generalizada de que la prevención es derecho consuetudinario y por ende, codificable²⁶.

²⁵ Generalmente, el relator especial es elegido por sus especiales conocimientos del tema que se le confía. La Comisión se expresa a través de los artículos que propone para cada tema, con sus correspondientes comentarios. Esos artículos pueden ser la base para una convención codificadora, para una resolución normativa de la Asamblea General de las UN, o simplemente para ser tenidas en cuenta por los Estados a recomendación de la misma AG.

²⁶ Birnie and Boyle, por ej., observan respecto al proyecto de artículos sobre prevención que “...there is ample authority in treaties and case law, and State practice for regarding... provisions of the Commission’s draft convention as codification of existing international law. They represent the minimum standard required of States when managing transboundary risks and giving effect to principle 2 of the Rio Declaration” (...hay amplia autoridad, en los tratados

Un segundo período sobre responsabilidad propiamente dicha va desde 2001 a 2006 y su resultado es la formulación de ocho principios que la Comisión recomienda a la atención de la AG y ésta a la de los Gobiernos. El tema técnicamente no está cerrado y volverá a ser materia de consideración en la 65ª Asamblea General de la ONU.

2. El primer ciclo

a) La prevención

El mandato de la CDI era estudiar la responsabilidad por hechos no prohibidos; la idea de introducir la prevención surgió de aquello que “prevenir es mejor que curar”, particularmente en materia de medio ambiente²⁷, en que la reparación suele ser insatisfactoria para remediar los daños. Pero la prevención llevaba al tabú de lo *ex delicto*²⁸ y a la contradicción de indemnizar daños no obstante haber cumplido con las obligaciones de prevención, que adquirirían así naturaleza dual: por un lado, de debida diligencia y simultáneamente, por el otro, de resultado.

Cierto es que las convenciones existentes suelen incluir obligaciones llamadas de prevención, pero se refieren a medidas *ex post*, que se adoptan después del accidente. Es que existen dos tipos de prevención: una es la de *accidentes*, por ejemplo, las medidas que una fábrica contigua a un curso de agua internacional adopta para evitarlos (prevención *ex ante*)²⁹ y otra de prevención del daño *una vez producido un accidente* (prevención *ex post*) que causó, digamos, contaminación del curso de agua. Esta prevención *ex post* trata de prevenir (o contener) el daño transfronterizo, purificando, por caso, la parte contaminada para evitar que la corriente la lleve hasta la frontera y así disminuir o evitar el daño allende la propia jurisdicción. Tan solo estas medidas son prevención para las convenciones de responsabilidad civil que, lo hemos visto, son las únicas que contemplan inequívocamente la responsabilidad *sine delicto*. La CDI se ha negado sistemáticamente a llamar “prevención” a la *ex post* y la ha limitado a las medidas de respuesta, como veremos.

y en la jurisprudencia, así como en la práctica de los Estados para considerar...las provisiones del proyecto de convención de la Comisión como una codificación del derecho existente. Esas provisiones representan el estándar mínimo que se requiere a los Estados cuando manejan riesgos transfronterizos y dan efecto al principio 2 de la Declaración de Río”. BIRNIE, Patricia and BOYLE, Alan, *International law and the environment*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (2nd ed.), p. 113.

²⁷ El medio ambiente fue siempre una preocupación central en los trabajos relativos al tema.

²⁸ La prevención sólo podía imponerse a través de obligaciones, cuyo incumplimiento originaba responsabilidad por hecho ilícito.

²⁹ Y consecuentemente, prevenir el daño que el accidente podría causar.

Como resultado, sin embargo, de aquel empeño de la CDI y de la Sexta Comisión, apareció en el cuarto informe del segundo relator especial (Barboza) un principio que terminó siendo provisionalmente adoptado en 1995:

Los Estados adoptarán todas las medidas y disposiciones razonables y necesarias para prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible³⁰.

Otros artículos sobre prevención que fueron apareciendo hasta 1996 se referían a la necesidad de autorización previa del Estado para iniciar una actividad de riesgo (art. 11), evaluación del riesgo (art. 12), actividades preexistentes (art. 13, medidas para prevenir o minimizar el riesgo (art. 14) y no transferencia del riesgo (art. 14 bis), notificación e información (art. 15), intercambio de informaciones (art. 16), información al público (art. 16 bis), consultas sobre medidas preventivas (art. 18), derechos de los Estados probablemente afectados (art. 19) y factores relativos a un equilibrio equitativo de intereses (art. 20). Los artículos finalmente adoptados por la Comisión siguieron de cerca aquellos textos. Para evitar la intrusión de la responsabilidad por hecho ilícito en el tema de la responsabilidad *sine delicto*, se estableció originalmente que aquellas obligaciones de prevención no eran obligaciones “duras”, de tal manera que ninguna consecuencia negativa se originaba en su incumplimiento. Esta situación insostenible se remedió en el Décimo informe del segundo relator especial (Barboza), haciendo “duras” las obligaciones de prevención y ubicando las de prevención y las de reparación en diferentes cabezas: las primeras en el Estado, que debía cumplirlas o asegurar su cumplimiento según el caso y las segundas (reparación) en el explotador o en algún otro ente privado que fuera conveniente. Los Estados se encargaban de la notificación, consulta con los Estados afectados, evaluación del riesgo y autorización de la actividad. En particular los Estados de origen debían asegurar que los explotadores en su territorio adoptaran ciertas medidas específicas de prevención del daño transfronterizo. Debían emplear sus medios administrativos y judiciales para hacer efectivas esas obligaciones y supervisar permanentemente las actividades autorizadas, esto es, utilizar debida diligencia en vigilar la ejecución por los privados de las medidas preventivas.

b) La responsabilidad

i) El alcance y las cuestiones del tema

Un aspecto fundamental para el alcance del tema tenía que ver con el tipo de actividades que se someterían al régimen de responsabilidad³¹propuesto.

³⁰ Era el art. C (8 y 9 originalmente propuestos) Ver Anuario...1995, vol. II, segunda parte, p. 92.

³¹ Y de prevención, que terminó aplicándose a las mismas actividades.

1) *Las consecuencias físicas*. Se excluyeron las actividades que no tuviesen consecuencias físicas sobre el territorio de otros Estados. Por ejemplo, una devaluación monetaria con consecuencias transfronterizas, que no seguían *materialmente* a la devaluación, no caería dentro del proyecto.

2) *Las “situaciones”*. Se dejaron de lado las “situaciones” que pudieran tener consecuencias transfronterizas: un incendio, una peste, que se extendiera a otro país, etcétera. La responsabilidad en tales casos depende de la actitud del Estado de origen al respecto, porque las omisiones también configuran formas de actividad. Habría un deber del Estado de prevenir el daño transfronterizo, con responsabilidad *ex delicto* por su violación.

3) *El medio ambiente*. Se decidió que no sólo el daño ambiental caía bajo responsabilidad *sine delicto*: el tema abarcaba cualquier tipo de daño producido por una actividad de riesgo como las que definía el proyecto.

4) *Actividades “nocivas”*. Se las distinguió de las actividades de riesgo y se las excluyó. Son aquellas que producen daños en su desarrollo normal: en ellas no hay riesgo —que implica contingencia— sino certeza de daño. Las actividades de riesgo son lícitas si ciertas condiciones se cumplen (prevención, responsabilidad), las nocivas deberían ser prohibidas o acarrear responsabilidad *ex delicto* (casos como los del “Trail Smelter”, o del “Canal de Corfú”). Aquéllas son materia de la responsabilidad *sine delicto*, éstas de la responsabilidad por hecho ilícito (*ex delicto*)³².

5) *Los espacios públicos internacionales (global commons)*. Se resolvió no examinar ese aspecto del tema, entre otras razones porque se lo consideraba de entidad suficiente como para constituir un proyecto separado. Su introducción, por otra parte, hubiera complicado considerablemente un asunto, ya de por sí, complejo.

6) *La lista de actividades*. La incorporación al proyecto de una lista de actividades que constituyeran su materia específica fue una idea recurrente. Ofrecía indudables ventajas: certeza en cuanto a cuáles actividades se aplicaría la prevención y la responsabilidad *sine delicto*, adecuación del proyecto a la tendencia dominante en la práctica internacional en sentido de producir convenciones con temas específicos (en lugar de una determinada actividad, un grupo cierto de actividades)³³. La objeción principal: la lista se convertiría pronto en obsoleta dada la aceleración de los desarrollos tecnológicos y la

³² También pueden ser aceptadas por los Estados afectados a cambio de alguna contraprestación, siempre que no se opongan a una norma imperativa del Derecho Internacional.

³³ Claramente, los Estados habían aceptado, y se presumían mejor dispuestos a aceptar, compromisos respecto a actividades cuyas características individuales fueran bien conocidas, cuando hubiera alguna certeza respecto a sus riesgos inherentes, como a las obligaciones de las partes en cuanto a la prevención y a la responsabilidad. Era también importante la actitud de la industria del seguro así como los planes de contingencia que pudieran requerir los riesgos de cada actividad particular, etc. Y de prevención, que terminó aplicándose a las mismas actividades. También pueden ser aceptadas por los Estados afectados a cambio de alguna contraprestación, siempre que no se opongan a una norma imperativa del Derecho Internacional.

consiguiente aparición de nuevas actividades de riesgo. Luego, los riesgos de cada actividad eran contingentes a muchas circunstancias: una planta industrial podía ser peligrosa si se ubicaba cerca de la frontera, pero inocua del punto de vista del daño transfronterizo si estaba a buena distancia de ésta, etc. Se resolvió sustituir la lista por una definición suficientemente comprensiva de las actividades que constituían el ámbito de la responsabilidad *sine delicto*.

7) *Los hechos del Estado*. En el terreno de la responsabilidad *ex delicto* los hechos de ciertos individuos (los órganos en particular) son *hechos del Estado*, lo que no sucede en terreno *sine delicto*, donde basta que la actividad causante haya ocurrido bajo la jurisdicción o en zonas bajo control del Estado, aún los producidos por personas privadas. Cuando el Estado se hace cargo de una parte de la indemnización, como en la Convención nuclear de París por la parte que no cubra el explotador o su seguro, no es como consecuencia de un hecho del Estado, sino simplemente porque la actividad tuvo lugar en el territorio o de otro modo bajo la jurisdicción o control del Estado de origen. Parece más bien que fueran las consecuencias de aquellos hechos los que se atribuyen al Estado, y no los hechos mismos.

8) *Las actividades de riesgo*. El Plan esquemático no intentó definir el riesgo. Algo se intentó en el cuarto informe del segundo relator especial (Barboza), donde las actividades del régimen se identificaron por el uso de ciertas sustancias. En el sexto informe el riesgo se relacionó con el uso de sustancias peligrosas, tecnologías u organismos genéticamente modificados.

Para caracterizar el riesgo inherente a las actividades del proyecto, los modelos a disposición de la CDI consideraban varios elementos y condiciones: (a) el tipo y la magnitud del riesgo inherente a la actividad así como de los efectos transfronterizos previsibles, (b) la circunstancia del riesgo, como por ejemplo la ubicación de la actividad en relación con la frontera internacional o con lugares sensibles en los Estados afectados, (c) los objetos que manejaba la actividad, en el sentido más amplio de la palabra, como ciertas tecnologías, sustancias, organismos genéticamente modificados o microorganismos peligrosos.

Más tarde se dejaron de lado esos rasgos identificatorios, entre otras razones porque se pensó que las actividades de riesgo eran fácilmente reconocibles y que habían sido de hecho reconocidas en la práctica interna de los Estados. Pero había que intentar una cuantificación del umbral debajo del que una actividad no caería dentro del régimen. El asunto era delicado, porque no podía someterse cualquier actividad, aún las de bajo riesgo, a un régimen de responsabilidad *sine delicto* sin incurrir en detrimento de las actividades productivas del país de origen. El sexto informe del segundo relator especial introdujo una fórmula que continuó, en sus líneas generales, hasta el presente. El art. 2(e) propuesto calificaba el riesgo significativo [apreciable] como aquel que presentaba o bien una baja probabilidad de causar daño considerable [desastroso]

o bien una más alta probabilidad que la normal de causar daño transfronterizo menor³⁴pero [apreciable] [significativo].

Quedó, entonces, finalmente la fórmula que combinaba la probabilidad del accidente dañoso con la magnitud del daño³⁵.

ii) Otras cuestiones

1) *El equilibrio de intereses*. Es una noción principal que fundamenta tanto a la responsabilidad como a la prevención. Cuando se inicia en el territorio de un Estado, una actividad de riesgo se rompe por ese mero hecho el *statu quo* anterior de equilibrio. Es que soportar un riesgo constituye, de por sí, una carga que altera el equilibrio existente. A veces, el Estado que soporta el riesgo debe adoptar medidas en su territorio en previsión de accidentes más allá de sus fronteras. Aquí interviene, como se dijo antes, un principio de antigua vigencia en el Derecho: *sic utere tuo ut alienum non laedas* y otro estrechamente vinculado con él: el de la soberanía territorial con su corolario, el de la igualdad soberana de los Estados³⁶.

Cuando se inicia, entonces, una actividad de riesgo nace, automáticamente, una obligación para el Estado de origen, la de emplear la debida diligencia para minimizar el riesgo que amenaza a los Estados afectados (*risk-bearer States*). Tal cuidado comienza a ejercerse por la obligación del Estado de origen de negociar de buena fe un régimen de prevención y, eventualmente, de indemnización de los daños emergentes³⁷. Este mismo principio fundacional

³⁴ Se entiende: menor que desastroso.

³⁵ Un ejemplo elocuente del realismo de esta combinación de probabilidad con magnitud de daño es el siguiente: supongamos que si alguien sale a la calle tiene, debido al frío y a las condiciones climáticas del momento, 1/6 de posibilidades de resfriarse, la decisión de salir ofrece algunas dificultades. Pero si ese alguien está en una ciudad sitiada y la probabilidad de que caiga víctima de un francotirador es también de 1/6, seguramente que su decisión será algo más espinosa.

³⁶ El deber del Estado de velar porque actividades en su territorio no vulneren, inmediata o mediatamente, intereses o derechos de otros Estados —esto último incluye los de sus súbditos— parece ser un corolario de la soberanía territorial. Así se entiende en la decisión sobre el Canal de Corfu, en la relativa al Trail Smelter, así como en el famoso párrafo debido a la pluma del árbitro Huber en el fallo de la Isla de Palmas. “La soberanía territorial, como se ha dicho, entraña el derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger, dentro del territorio, los derechos de los demás Estados, en especial su derecho a la integridad y a la inviolabilidad tanto en la paz como en la guerra, conjuntamente con los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en un territorio extranjero...” “La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo, esto es a excluir las actividades de otros Estados; porque sirve para compartir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas, a fin de garantizarles en todo momento la protección mínima de que es custodio el Derecho Internacional”. Si la obligación existe *dentro del territorio*, lo será también, *a fortiori*, fuera del territorio.

³⁷ El Estado de origen, en Derecho Internacional, tiene la obligación de negociar. El contenido de esa obligación es el de sentarse a la mesa de la negociación de buena fe, con vistas a establecer un régimen respecto a la actividad en cuestión.

debe continuarse a todo lo largo del desarrollo de una actividad de las que contempla el art. 1 del proyecto.

2) *El daño*. Para el profesor Quentin-Baxter, primer relator especial, el daño se definía como una consecuencia física de la actividad o situación que tenía lugar en el territorio o bajo el control de un Estado y que afectaba el uso o goce de áreas en el territorio o bajo el control de otro Estado³⁸. En su tercer informe, el segundo relator especial (Barboza) anota la diferencia entre el daño indemnizable en la responsabilidad *sine delicto* y en la *ex delicto*: en esta última, es indemnizable la totalidad del daño³⁹; en aquélla la situación es más compleja: el daño debajo de un cierto umbral (significativo, sensible) puede no ser indemnizable, como también puede no serlo si el acuerdo autoriza un tope a la indemnización.

Esta diferencia se explica porque el daño resulta de una actividad legal, autorizada no obstante su riesgo porque la comparación de los varios intereses y factores intervinientes mostraban que era preferible soportar sus eventuales consecuencias antes que prohibirla directamente. Según este razonamiento, el daño en la responsabilidad *sine delicto* mide, en realidad, la magnitud de la ruptura del equilibrio de intereses: el eventual beneficio que la actividad reporta al Estado víctima (el transporte masivo del petróleo puede contribuir a que su distribución sea más regular, confiable y barata, etc.) Como los factores del equilibrio son complejos, la negociación para determinar el daño es imprescindible. Con posterioridad a estas elucubraciones, la obligación de negociar se consideró la única consecuencia obligatoria⁴⁰ de la producción del daño a menos de existir un sistema de solución compulsiva de las controversias.

3) *La responsabilidad*. Tanto el Plan esquemático como los informes del profesor Quentin-Baxter cargaban la responsabilidad en el Estado⁴¹. Como hemos visto, el segundo relator especial, en su décimo informe, puso en el mismo texto la prevención y la responsabilidad *sine delicto*, sólo que en distintas cabezas: la primera, con las sanciones por su incumplimiento, sobre el Estado y la segunda directamente sobre el explotador privado. De ese modo, se resolvía

³⁸ “Control” se refería a lugares sujetos a la potestad del Estado de origen por vínculos ilegales, como por ejemplo el África Sudoccidental bajo la potestad de la República de Sudáfrica. Reemplaza a la palabra “jurisdicción” que es una potestad legal.

³⁹ La regla de Chorzow exigía que la reparación borrara todas las consecuencias del hecho ilícito, ergo el daño era compensable en su totalidad.

⁴⁰ Parece claro que la obligación de negociar sea una consecuencia de la naturaleza descentralizada del Derecho Internacional. Por cierto que semejante obligación no se encuentra en los sistemas de Derecho interno debido al carácter compulsorio de la jurisdicción de sus tribunales: cualquiera que se considere agraviado por actos de otro puede acudir a un tribunal de derecho y el demandado deberá comparecer en defensa de su posición o afrontar las consecuencias de su rebeldía.

⁴¹ El profesor Quentin-Baxter imponía al Estado la llamada *strict liability*, pero sólo al final del proceso, y si una serie de condiciones se cumplían. Además, privaba de toda acción en derecho al incumplimiento de las obligaciones de prevención, para no introducir en el tema la responsabilidad *ex delicto*.

la contradicción apuntada más arriba respecto a la naturaleza jurídica de las obligaciones de prevención.

4) *Los principios*. De lo anteriormente expuesto, los siguientes principios —acaso entre otros— pueden deducirse y fueron propuestos por la Comisión en diferentes artículos:

El “principio básico” sería el de que los Estados tienen libertad para permitir en su territorio o bajo su control cualquier actividad que sea compatible con la adecuada protección de los intereses de los Estados afectados por ella⁴².

Luego el principio de prevención: la adecuada protección mencionada requeriría medidas de prevención que minimizaran o previnieran el riesgo de daño transfronterizo⁴³. Si, no obstante, todas las medidas razonables de precaución adoptadas, tuviera lugar un accidente causante de daño transfronterizo sensible (significativo), debería procederse a su reparación en un régimen *sine delicto*. Finalmente, y hasta donde fuera consistente con los artículos del proyecto, la víctima inocente no debería ser dejada enteramente a cargo de su pérdida.

Se incluía, asimismo, otro principio, de naturaleza más general que propio del tema, el de no discriminación entre residentes y no residentes del Estado de origen, tanto en lo relativo a la prevención como a la responsabilidad⁴⁴.

iii) El proyecto de 1996

En el año final de su ciclo, la CDI nombró, a pedido del segundo relator especial, un grupo de trabajo para que revisara lo hecho hasta entonces y sugiriera el camino a seguir. Este grupo ratificó, en líneas generales, lo actuado en materia de prevención y en lo relativo a responsabilidad propuso, como art. 5, el principio con la redacción recién mencionada. Aunque la Comisión no pudo considerar, debidamente, el proyecto de 1996 en ese período de sesiones, por falta de tiempo y por la urgencia con que debió ocuparse de otros temas, alcanzó a apreciarse que ese artículo era el que provocaba reacciones más fuertes⁴⁵.

⁴² Claramente, éste es el principio 21 de Estocolmo, sólo que aplicable no solamente al daño ambiental sino a cualquier tipo de daño transfronterizo.

⁴³ La prevención es inseparable de la medición del riesgo. Si la prevención fuera suficiente para neutralizar todo riesgo, la actividad cesaría de ser peligrosa y tanto los accidentes como los daños se deberían a la falta de debida diligencia. El riesgo real es el que queda flotando *después* de que toda medida razonable de prevención ha sido empleada.

⁴⁴ Este principio, aplicado a la igualdad de residentes y foráneos, llevaba a que el Estado de origen abriera sus tribunales a las víctimas dondequiera estuviesen, como si el daño se hubiera producido en el propio territorio de aquel Estado. Naturalmente, las garantías procesales y la legislación de fondo debía aplicarse sin distinción entre unos y otros. En el proyecto de 1966 abría el canal doméstico.

⁴⁵ Era natural, ya que condensaba el núcleo mismo del tema de la responsabilidad. Su texto era el siguiente: *Art. 5. Responsabilidad*. De conformidad con los presentes artículos, se responderá de los daños transfronterizos sensibles ocasionados por una de las actividades a que se refiere el art. 1 y esa responsabilidad dará lugar a indemnización u otra forma de reparación.

Se le criticó que era muy general, que no establecía quién era responsable, ni en qué consistía la reparación, ni a quién debía otorgarse. Pero, en realidad, como principio reflejaba con suficiente fidelidad la no impunidad del daño transfronterizo derivado de una actividad de riesgo.

En realidad, lo más original del proyecto de 1996 fue el uso del principio de no discriminación para abrir la posibilidad del canal doméstico. Esa idea venía del proyecto sobre cursos de agua internacionales: el principio de no discriminación imponía sobre el Estado de origen la obligación de abrir sus tribunales a los no residentes damnificados por una actividad desarrollada en su porción del curso de agua. Estos tenían el mismo derecho a los remedios procesales y de fondo que la ley local otorgaba a sus residentes. Esto significaba que, dentro del sistema, había tantas soluciones como Estados miembros de la eventual convención: algunos de ellos podían carecer de un sistema de responsabilidad *sine delicto*, desde que no se imponía uniformar los derechos internos en ese sentido, en cuyo caso los recursos disponibles eran los que el Estado de origen proveía a sus propios residentes.

Se trataba, sin duda, una solución minimalista al problema de las actividades de riesgo; pero había que tener en cuenta las oposiciones arriba consignadas. El mismo proyecto contemplaba también la posibilidad del canal diplomático para incluir los casos en que el Estado mismo fuera damnificado directo por el accidente, esto es que bienes del Estado fueran dañados, o bien de que hubiera una mezcla de daños a bienes públicos y privados, o de que los damnificados mismos prefirieran esta vía por diferentes razones posibles, por ejemplo, que hubiera acciones colectivas importantes o que las víctimas prefirieran esa vía en lugar de litigar en los tribunales de un país extraño o más o menos lejano, etc.

3. Segundo ciclo

a) La prevención

La CDI de 1997, con los textos aprobados provisionalmente por la anterior Comisión y el proyecto del grupo de trabajo de 1996, formuló un conjunto de artículos que, en lo esencial, no se apartaba casi de aquellos recibidos, aunque hubo algunas mejoras aquí y allá, entre ellas una importante como fue el establecimiento de medios de solución de controversias, haciendo obligatorio en último caso al del establecimiento de hechos.

No nos vamos a extender más sobre la prevención, ya que el acento, en el presente artículo, recae sobre la responsabilidad. Sin embargo, varias nociones importantes se aplican tanto a la prevención como a la responsabilidad, como lo relativo al alcance del tema o a la no discriminación. Además, prevención y responsabilidad están unidas por su paralelismo al *continuum* riesgo-daño, cemento que garantiza la unidad del tema y consagra la inconveniencia de separarlas.

b) La responsabilidad

Tras un infructuoso intento de un sector de la CDI de hacer naufragar el subtema de la responsabilidad⁴⁶, la Comisión decidió emprender la tarea más difícil de codificarlo —o desarrollarlo progresivamente—. Para ello, comenzó con borrar del título la palabra “responsabilidad”, aunque, claramente, de eso se trataba, y bautizar el contenido como “asignación de la pérdida”, lo cual no es incorrecto porque la naturaleza de la responsabilidad *sine delicto* permite, sin violencia intelectual, asignar la pérdida a una persona ajena a la comisión del hecho que condujo al daño. Ello se debe a que, como pudimos apreciar, el mayor interés en este campo sin culpa ni infracción es que el daño sea reparado, no necesariamente por el autor, sino por alguien adecuado: alguien que tenga relación con el tema, que se beneficie con la actividad, o que esté en mejores condiciones de transmitir la pérdida a la sociedad en su conjunto, o que evite la multiplicación de las personas que deban contratar seguros. La industria del petróleo provee un ejemplo claro de lo dicho: el fondo complementario del Convenio de Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos (CLC por su sigla inglesa) está formado por las contribuciones anuales de cualquiera que, en algún calendario, haya recibido cantidades totales de petróleo superior a 150.000 toneladas y ese fondo se hace cargo de la parte de la indemnización no cubierta por el explotador o su seguro. La Convención Nuclear de París hace lo mismo con fondos públicos que aporta el Estado de origen; en ambos casos hay personas (importadores o el Estado) que cargan con parte de la indemnización aún cuando no hayan contribuido en nada a la producción del daño.

El nuevo relator especial, Sr. Srenivassa Rao, miembro de la Comisión por la India, abordó su tarea con espíritu pragmático y con positiva argumentación. Ya habíamos visto que la principal objeción de los Estados⁴⁷, había sido la admisión de un tipo de responsabilidad que implicara obligaciones “duras” y en particular que esas obligaciones fueran el contenido de un instrumento general que abarcara todo tipo de actividades de riesgo.

Propuso, entonces, la formulación de pocos (ocho) principios que, no siendo obligatorios, sólo dan orientaciones generales para casos particulares. Si a eso se agrega que los principios mismos están redactados en modo condicional (en inglés *should*, en español “debería”) los Estados están resguardados de desagradables sorpresas en la aplicación de los nuevos textos. Con eso se

⁴⁶ Dicho sector incluía Estados industrializados y algunos otros que encaraban procesos de desarrollo eventualmente contaminantes, y sostenía que solamente era jurídicamente viable la parte relativa a la prevención, para la cual, como vimos, la CDI había solicitado a la AG la convocatoria de una conferencia codificadora.

⁴⁷ En particular un grupo mayoritario de Estados industrializados, de natural influencia en la AG, así como algunos en desarrollo que contemplaban la posibilidad cierta de encarar un proceso de desarrollo —o lo habían ya comenzado— que implicara una probabilidad también cierta de convertirse en Estados de origen de la contaminación.

llegó a un consenso que acaso no hubiera sido posible obtener antes, a costa sin embargo de un texto débil y que mereció algunas críticas. Una de ellas proviene de Alan Boyle, en sentido de que esta formulación no sólo no hace avanzar la vigencia de la responsabilidad, sino que significa un retroceso sobre lo ya existente⁴⁸.

Los siguientes son los rasgos más salientes del proyecto final, tal como los enunció el tercer Relator especial al comienzo de su consideración y los aprobó la AG en 2006. Las normas se presentan como una declaración de principios *no obligatorios* para evitar las dificultades de la armonización de leyes internas que hubiera sido necesario hacer. Asimismo, porque se considera que de este modo se va a facilitar la aceptación de los principios propuestos.

1. El régimen se aplica a las mismas actividades de que trata la prevención.

2. Los daños transfronterizos que estas actividades causen deberían ser objeto de *pronta y adecuada* reparación. Los daños al medio ambiente deben ser mitigados por medio de prontas medidas de respuesta y en la medida de lo posible ser restaurados o sus recursos reinstalados.

3. Tal responsabilidad:

a) corresponde primariamente al explotador, aunque también recaería en otras entidades designadas por la ley o por acuerdo de partes, siempre que estén funcionalmente en comando o control de la actividad o la dirijan o ejerzan sobre ella supervisión general.

b) No requiere prueba de culpa y está sujeta a condiciones, limitaciones y excepciones.

c) No exime al Estado de las obligaciones de prevención que se le imponen en los artículos de 2001.

4. Para las indemnizaciones, pueden erigirse fondos suplementarios financiados por actores relacionados con la actividad, incluyendo al Estado.

c) Los artículos del proyecto

i) La extensión y alcance del tema

La gran mayoría de las condiciones propuestas por el relator especial se siguieron. Respecto a la extensión del tema, que es materia del artículo primero, las actividades contempladas son las mismas que aquellas referidas en la prevención.

ii) El concepto de daño. El daño al medio ambiente

El segundo no es en realidad un principio, sino, como su nombre lo indica, un artículo explicativo del significado y alcance de los términos utilizados. En él se define el daño que es objeto de reparación, incluyendo un ítem tan im-

⁴⁸ BOYLE, A., "Globalizing environmental liability: the interplay of national and international law", *Journal of Environmental Law*, 2005, vol. 17, number 1, p. 25.

portante como el daño al medio ambiente. Se repara así un defecto del proyecto de 1996, que no había incluido ese concepto no obstante haber sido materia de varios informes del segundo relator especial (Barboza). En Comisión nunca se había rechazado su inclusión⁴⁹.

El umbral fijado fue el daño “sensible” (*significant* en la versión inglesa) y, como se explica más arriba, en la combinación riesgo-magnitud del daño. El concepto es el de daño algo más que simplemente “detectable” pero sin necesidad de llegar a ser “serio” o “sustancial”. Debe ser un daño que implique un detrimento real en rubros como la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente, la agricultura u otros semejantes, y que pueda ser medido por medio de estándares objetivos y materiales⁵⁰.

El daño propiamente dicho incluye el que se causa a las personas (pérdida de vida o integridad física) y las pérdidas económicas, incluyendo el lucro cesante, derivadas de tales perjuicios. Los bienes del patrimonio cultural están protegidos bajo el acápite de “daño a las personas o a los bienes” en el subpárrafo 2 y se refieren a los monumentos o grupos de edificios de universal valor histórico, artístico o científico, así como los sitios donde se combina el aporte de la naturaleza y del trabajo humano, incluyendo sitios arqueológicos de universal valor histórico, estético, etnológico o antropológico. Estos conceptos fueron tomados del art. 1º de la Convención de 1972 sobre protección del patrimonio cultural y natural del mundo⁵¹. El punto de partida para la definición del daño que menciona el acápite debería ser una definición de medio ambiente, pero no hay un consenso universal sobre lo que debe entenderse por tal cosa. El *Green Paper* de la Comisión europea nos dice que algunos consideran que sólo la vida de plantas y animales, así como otros objetos de la naturaleza debieran ser incluidos, además de las relaciones que ocurren entre ellos. Otros incluyen objetos de origen humano, si son importantes para el patrimonio cultural⁵². La definición del art. 2 (b) incluye los recursos naturales, tanto bióticos como abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora, así como las interacciones entre esos elementos. Luego se incluyen los aspectos característicos del paisaje” y, de este modo, se abarcan matices mucho más amplios del medio ambiente hasta incluir valores que no sean de uso⁵³.

⁴⁹ En particular, en el onceavo informe de dicho relator especial se desarrolla el tema *in extenso*.

⁵⁰ *Anuario...* citado en la nota 58, punto (2). p. 53.

⁵¹ Esta convención se complementa con la Convención de La Haya sobre protección de la propiedad cultural en tiempo de conflictos armados. (Id. cit., ps. 126/127).

⁵² Commission of the European Communities, “Communication from the Commission to the Council and European Parliament and to the Economic and Social Council-Green Paper on Environmental Liability”, final report. COM (93) 47 (Brussels, 14 May 1993), p. 10, sect. 2.1.7.

⁵³ Se consideran “valores de uso” (*use values*) aquellos que el medio ambiente brinda, como la navegación deportiva de un lago o río, la pesca, el esquí acuático, valores comerciales, etc. Y valores que no son de uso (*non-use values*) las emociones que el paisaje provoca en el ser

En cambio, otros bienes lastimados por consecuencia del daño al medio ambiente, como la salud humana, no deberían ser considerados daño ambiental, cuya protección ya existe independientemente de la que se brinda al medio ambiente.

iii) La reparación

Los principios 3 a 6 constituyen el núcleo de los artículos dedicados a la reparación. El art. 3º enuncia los dos propósitos principales de tales principios, que son el uno asegurar la pronta y adecuada reparación a las víctimas y el otro preservar y proteger el medio ambiente en caso de daño transfronterizo, especialmente mitigando el daño ambiental y restaurando o reinstalando sus recursos naturales.

El comentario encuentra el fundamento de estos principios en el principio “contaminador-pagador”, aunque concluye que éste no es derecho positivo internacional, sino un simple medio de asegurar las funciones de un régimen de responsabilidad: compensación, distribución de las pérdidas y de los riesgos, castigos, justicia correctiva, satisfacción, disuasión y prevención⁵⁴. Asimismo, aunque reconoce que están presentes en la práctica actual de los Estados, considera que los principios que enuncia el proyecto no son aún derecho positivo sino simples principios emergentes que marcan aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional.

Estos principios hubieran merecido, acaso, un pronunciamiento más positivo de parte de la CDI para cumplir mejor con su misión de desarrollar progresivamente el Derecho Internacional en ese dominio, según lo instara el art. 13 de la Declaración de Río y el 21 de la Declaración de Estocolmo. La crítica de Birnie y Boyle es alarmante: de acuerdo con la actual redacción de los principios, los Estados podrán conducir o permitir en su territorio actividades peligrosas sin ninguna obligación de proveer remedios efectivos o indemnizar el daño transfronterizo, a menos de incurrir ellos mismos en culpa, lo que fue exactamente el defecto que la Comisión estuvo invitada a corregir en 1978⁵⁵.

El principio 4 contempla las medidas que *deberían* tomar los Estados para asegurar una “compensación pronta y adecuada”: responsabilidad sin culpa, canalización de la responsabilidad hacia el explotador u otra persona o entidad considerada adecuada y la obligación de tales personas o entidades de ofrecer garantías financieras suficientes para enfrentar reclamos de indemnización. Si

humano, o el sentimiento de satisfacción debido a la existencia continuada de rasgos familiares del medio ambiente, etc. Los valores del medio ambiente pueden no formar parte del medio ambiente propiamente dicho, pero resultan afectados por el daño que al medio ambiente se causen. La frustración originada en el deterioro de tales valores o por su pérdida puede incluirse bajo el rubro de “daño al medio ambiente”.

⁵⁴ Íd., ps. 141/142.

⁵⁵ BOYLE, A., “Globalizing environmental liability: the interplay of national and international law”, *Journal on environmental law*, 2005, vol. 17, number 1, p. 25.

fuera apropiado, también el establecimiento de fondos de industria a nivel nacional y si fuera necesario el Estado de origen debería asimismo asegurar la provisión de fondos financieros adicionales, entre ellos fondos estatales, no mencionados en el texto del artículo.

“Adecuada” no es sinónimo de “completa”. Una compensación adecuada admite la existencia de un umbral y de un tope. No sigue, necesariamente, la regla de Chorzow, pero se busca que se acerque a ella lo más posible, en ciertos casos como en la industria del petróleo y la nuclear se agregan capas adicionales a los montos indemnizatorios⁵⁶. Además, una suma global puede considerarse adecuada mientras no sea arbitraria o groseramente desproporcionada con el daño causado. En otras palabras, “adecuada” no intenta ser “suficiente”⁵⁷.

Tocante el daño ambiental, la indemnización por pérdida o deterioro de valores, sean o no de uso, gana terreno en la práctica internacional. La Comisión explica en su comentario al art. 36 (2) que el daño a los valores ambientales es un asunto de principio y es no menos real e indemnizable que el daño a la propiedad, aunque sea más difícil de cuantificar⁵⁸. En materia de daño ambiental debería aplicarse, según nuestra opinión, la regla de la reparación integral o algo tan cercano a ella como fuera posible, dadas las especiales características del medio ambiente y del daño que se le inflige por acción humana. Es que el medio ambiente debe ser materia de orden público, dado el interés que tiene para la comunidad internacional.

El proyecto en sus párrafos (iv) y (v) incluye las *medidas de respuesta*, conceptos que considera recientes, así como el pago de las medidas razonables destinadas a evaluar, reinstalar o restaurar los componentes ambientales dañados o destruidos o, cuando esto no fuera posible y apropiado, introducir el equivalente de tales componentes en el medio ambiente⁵⁹. Esto incluiría también las medidas razonables que se tomaran, después de producido el incidente que produjo o amenaza daño para prevenirlo o mitigarlo en su caso o para realizar una limpieza ambiental⁶⁰.

iv) Los otros principios

El principio 6 trata del acceso a la información, que no se aplica universalmente pero que es importante para el correcto funcionamiento de los párrs. 1º, 2º y 3º. Además, está contenido en varios instrumentos internacionales⁶¹.

⁵⁶ La Convención de Lugano sobre actividades peligrosas para el medio ambiente, por su parte, no fija topes a las indemnizaciones, lo que nos habla de la flexibilidad de la regla.

⁵⁷ Íd. nota 54.

⁵⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre lo actuado en su 53º período de sesiones UN GAOR, 56th Sess., Supp. nro. 10, at 43, UN Doc. A/56/10 (2001).p. 252.

⁵⁹ Íd. p. 131.

⁶⁰ Íd. p. 131/132.

⁶¹ Como la Convención de Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Materias Ambientales de 1998, la Convención OSPAR para Protección del Medio

El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y arbitrales es esencial cuando el demandado tiene sus bienes en una jurisdicción diferente de aquella en que se dictó la sentencia. Normalmente, existen excepciones en el derecho interno del Estado en que la sentencia debe cumplirse⁶², y la cuestión del reconocimiento y ejecución de tales sentencias estaría implicada en los principios que estudiamos⁶³.

v) Los condicionales

El relator especial, Sr. Rao, muy correctamente a nuestro entender, sugirió que la Comisión debería dar un giro idiomático más compulsivo a dos aspectos que consideraba fundamentales: la obligación de reparar y el derecho de las víctimas a buscar remedios. Por más que no pueda encontrarse ninguna explicación a este respecto en el Comentario, acaso esté aquí el fundamento del lenguaje no condicional utilizado en algunos casos en el texto⁶⁴. No se advierte lo anterior en el principio 4, que se refiere a la reparación pronta y adecuada, pero en el inciso (a) del principio 5 se utiliza lenguaje imperativo respecto a la notificación, (b) medidas de respuesta y (d) obligación del Estado afectado o probablemente afectado por el daño transfronterizo.

La notificación es una obligación de prevención *ex ante* y como tal podría ser considerada derecho positivo, pero las medidas de respuesta, en cuanto significan una vuelta al *statu quo* anterior constituyen, en parte, restitución⁶⁵. Un aspecto de la reparación, entonces, parece haber sido introducido de contrabando en el dominio del derecho positivo. En todo caso, podría alegarse que las obligaciones de prevención *ex post* son, al fin de cuentas, también de prevención. Pero no fue eso precisamente, el entendimiento de la Comisión cuando trató ese asunto, porque ya vimos que prefirió reservar el nombre de prevención solamente para las medidas *ex ante*.

En el art. 6º, párr. 1º, reaparece el lenguaje imperativo cuando se trata de la obligación de los Estados de proveer a sus órganos administrativos o judiciales con la jurisdicción y competencia y de asegurar que estos órganos tuvieran remedios pronto, adecuados y efectivos para los casos de daño transfronterizo, etc.

Marino del Atlántico Noreste (art. 9), la Convención de Lugano sobre Responsabilidad Ambiental (arts. 15 y 16), las Directivas de la UN/ECE de Sofía sobre Acceso a la Información y Participación Pública en la Toma de Decisiones en Materia Ambiental (arts. 4 y 5) y la Directiva del Parlamento 2003/4/EC de enero 28, 2003. Íd. p. 179.

⁶² Íd., p. 180.

⁶³ Íbid.

⁶⁴ Doc. A/CN.4/566, p. 27.

⁶⁵ Por ejemplo, las operaciones de limpieza son medidas de respuesta dado que se ejecutan luego de producido el incidente. Tales medidas son de prevención *ex post* en tanto y en cuanto los materiales removidos por la limpieza, si son dañinos pueden seguir causando daño. Pero al mismo tiempo, su remoción implica también una vuelta al *statu quo ante* totalmente necesaria como restitución, o sea como parte de la reparación.

Por último, el art. 8° se ocupa de la implementación por los Gobiernos, a través de la ley interna, de los mecanismos anteriores, cosa de gran importancia práctica. Luego vuelve a los principios enunciando uno muy importante, el de no discriminación basada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia y en el inc. 3° reclama la aplicación de otro principio, el de cooperación para llevar a la práctica los principios propuestos.

d) Epílogo

La doctrina no es pacífica respecto a si existen o no en el Derecho Internacional general normas que consagren la responsabilidad *sine delicto* en caso de daños transfronterizos causados por actividades de riesgo. Hay quienes niegan tal posibilidad, hay también quienes afirman que si bien los principios que inspiran esa responsabilidad en tales casos no son derecho positivo, pueden considerarse principios *emergentes* a los que sólo les falta la unción sagrada de la generalidad para transformarse de prácticas crisálidas en jurídicas mariposas⁶⁶. Como dijimos más arriba, consideramos que la responsabilidad *sine delicto* en derecho general es más que un principio emergente: es un principio existente, desde que deriva de otros innegables y básicos del Derecho Internacional, sólo que no se aplica porque el mecanismo de formación de una costumbre lo impide: hay demasiados y demasiado importantes Estados que no quieren que funcione, por ende no es generalmente aceptado como lo exige, impecablemente, el famoso art. 38 del Estatuto de la CIJ. Tampoco existe en Derecho Internacional la vereda judicial para consagrarlo por vía de interpretación, o de aplicación de otros principios; al menos no existe en la misma manera que en el derecho interno y de que ello sea así se encargan las soberanías estatales todavía hoy en existencia y aceptable buena salud.

En suma, lo que nos parece innegable es que no se puede causar un daño transfronterizo por una actividad de riesgo sin que este daño sea, de una forma o de otra, reparado. Hay dos formas de reparación: una por efecto de la responsabilidad *ex delicto*⁶⁷, la otra por la *sine delicto*. La primera exige un acto ilícito, la segunda solamente un riesgo.

Existe la tentativa, liderada por algunos importantes juristas, que explican según la primera hipótesis el funcionamiento de la responsabilidad establecida en las convenciones; lo hacen por la vía de la prevención y de la debida diligencia. Piensan, en suma, que todo es cuestión de exigir que la prevención esté en proporción con el riesgo: a mayor riesgo, mayor deber de prevención. De allí a decir que el daño causado sea imputable al incumplimiento de la debida dili-

⁶⁶ Cfr. El artículo del presente autor “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, en *Liber Amicorum in Memoriam Judge José María Ruda*, Cambridge, Mass USA, 2000. ps. 1/14.

⁶⁷ Recordar, como lo hace Dominicé, que en Derecho Internacional la violación de cualquier obligación es considerada —y así llamada— un acto ilícito.

gencia⁶⁸ no hay sino un paso, rápidamente dado por esa doctrina. Y ya estamos en la responsabilidad *ex delicto*.

Este razonamiento, más propio de las Ciencias Exactas que del Derecho, deja en el campo varias víctimas. En primer lugar, la realidad: no se pueden prever todos los factores que constituyen el riesgo de una actividad que utiliza complicadas tecnologías modernas, o pueden preverse sólo hasta un cierto punto, más allá del cual está el riesgo. Eso está sabiamente expresado en el preámbulo de los artículos de 2006⁶⁹ y es una noción que subyace a la gran mayoría de los órdenes jurídicos internos. Es que el riesgo es lo que queda *después* de que todas las medidas *razonables* de prevención han sido puestas sobre el tapete. La doctrina que consideramos *descarta el riesgo* desde que acepta la noción de que una actividad, por complicada que fuere, siempre puede ser neutralizada si se emplea la adecuada prevención.

La otra víctima es, entonces, la *razonabilidad*, víctima importante si las hay ya que configura una categoría no escrita del pensamiento jurídico. Se puede ser exigente, pero no se puede pedir lo irrazonable. A mayor riesgo, mayor prevención es razonable si admitimos, como lo hace el preámbulo, que existe un punto en que al mejor cazador se le escapa la liebre.

La tercera víctima es la *lógica aristotélica*: es ilógico que sean lícitas las actividades peligrosas pero que los daños que produce sean ilícitos⁷⁰. De hechos lícitos de actividades permitidas se derivan daños que son ilícitos. Se permite el riesgo pero no se permite el daño emergente de dicho riesgo. De ahí la necesidad de taparlo con una ficción.

La cuarta, y acaso última víctima sea la *utilidad práctica*: ¿pueden por ventura esperar los epígonos de esta doctrina que los Estados, renuentes en aceptar la responsabilidad *sine delicto*, acepten otra que conduzca exactamente a los mismos resultados, o sea a la indemnización automáticamente otorgada, pero esta vez con más el estigma de la ilicitud?

Nuestra conclusión es que el jurista internacional debe afrontar la conceptualización del riesgo para ser aplicado en materia de responsabilidad, aún cuando sea un terreno relativamente nuevo y que ya lo está haciendo en el Derecho Internacional particular. Querer interpretar las convenciones al respecto como aplicación de la responsabilidad *ex delicto* como si toda la elaboración conceptual del derecho interno en ese aspecto fuera un sin sentido es un sin sentido. El riesgo ocurre en la vida de nuestras sociedades y cada vez tiene

⁶⁸ O sea, a cometer un hecho ilícito.

⁶⁹ Párrafo tercero: “Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla sus obligaciones con respecto a la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”.

⁷⁰ Se podría argumentar que *no existe el riesgo en esta hipótesis* porque se parte de la base de que la prevención es omnicompreensiva y omnipotente. Pero no se advierte la necesidad de una ficción cuando la realidad del riesgo puede ser manejada a través de una teoría jurídica adecuada.

una mayor incidencia en las relaciones internacionales. El riesgo está detrás de muchos casos de responsabilidad además de estar presente en las actividades del tipo que estamos examinando: también otras conductas peligrosas generan consecuencias jurídicas. Manejar un auto imprudentemente puede ser objeto de una contravención y de una multa, porque crea un riesgo. Un buque en la hipótesis del art. 110 de la Convención ejerce el derecho de visita “a riesgo propio”. Un riesgo inminente (y real) de ataque armado puede dar lugar a legítima defensa o a un estado de necesidad. Cualquier conducta que cree un riesgo está cercana a la ilegalidad, al punto que se ha considerado que las actividades de riesgo pertenecen a una zona gris entre lo que es legal y lo que no lo es.

El riesgo significa que un daño puede ocurrir, pero también que ese daño puede no ocurrir. La posibilidad de que ocurra hace funcionar el principio *ne-minem laedere*, ya que un Estado no tiene derecho a causar conscientemente daño a otro Estado, como lo dicen las sentencias de la Fundición Trail y del Canal de CORFU: de ahí la prevención. El riesgo no es equivalente al daño y por eso si la actividad es socialmente útil puede permitirse, y los afectados por el riesgo (*risk-bearer States*) deben soportar la existencia de esas actividades. Pero de nuevo, el riesgo aunque no equivalga al daño, representa daño posible y esta contingencia debe ser equilibrada con algo en el otro platillo de la balanza. Ciertamente que la prevención es un elemento necesario pero no suficiente si se admite, como debe admitirse so pena de contradicción con la realidad, que en las actividades tecnológicamente complicadas siempre queda un margen de riesgo real. Algo más es, por ende, necesario: una indemnización suficiente si el daño se produce, como para restablecer el equilibrio alterado. Tal es lo esencial de la doctrina de riesgo-beneficio prevaleciente en los sistemas jurídicos internos y explica por qué la doctrina de la responsabilidad *sine delicto* es la técnica legal más en consonancia con esa doctrina. La responsabilidad por hecho ilícito requiere de una conducta ilegal para funcionar, mientras que las actividades de riesgo son legales. Por lo demás, es también incorrecto decir que causar daño transfronterizo es ilegal, porque no todo daño transfronterizo lo es en el Derecho Internacional. Las posiciones doctrinales tendrían que hacer explícito algo que yace implícito en su razonamiento, esto es que lo que hace ilegal el daño es el hecho de que es causado por una actividad de riesgo. Pero ya vimos que es lógicamente inaceptable que causar daño transfronterizo convierta al acto que lo causó, de legal en ilegal. En términos generales, es contradictorio permitir el riesgo y prohibir el daño en la misma actividad y esto es lo que sucede si se pone a la indemnización en la regla secundaria y se mira el daño como producto de la violación de una obligación que sería, al mismo tiempo, de debida diligencia y de resultado, con lo que la esencia íntima de la debida diligencia se vería desnaturalizada.

ANEXO
I. PROYECTO DE PRINCIPIOS SOBRE LA ASIGNACIÓN
DE LA PÉRDIDA EN CASO DE DAÑO TRANSFRONTERIZO
RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

La Asamblea General,
Reafirmando los Principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

Recordando el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla sus obligaciones con respecto a la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Observando que de resultas de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños o pérdida grave,

Recalcando que deben ponerse en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daño o pérdida como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,

Preocupada por la necesidad de adoptar medidas de respuesta prontas y eficaces para reducir al mínimo el daño o la pérdida que puedan producirse de resultas de tales incidentes,

Observando que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del Derecho Internacional,

Recordando la significación de los acuerdos internacionales existentes que regulan categorías específicas de actividades peligrosas y destacando la importancia de que se concierten más acuerdos de este tipo,

Deseando contribuir al desarrollo del Derecho Internacional en esta esfera,
...

Principio 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el Derecho Internacional.

Principio 2
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

a) Se entiende por “daño” un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:

- i) La muerte o las lesiones corporales;
- ii) La pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;
- iii) Una pérdida o daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;
- iv) Los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;
- v) Los costos de las medidas razonables de respuesta;
- b) El “medio ambiente” comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje;
- c) Se entiende por “actividad peligrosa” una actividad que entraña un riesgo de causar daños sensibles;
- d) Se entiende por “Estado de origen” el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad peligrosa;
- e) Se entiende por “daño transfronterizo” el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado que no es el Estado de origen;
- f) Se entiende por “víctima” toda persona natural o jurídica, o todo Estado, que sufre un daño;
- g) Se entiende por “explotador” toda persona que dirige o controla la actividad en el momento en que se produce el incidente causante del daño transfronterizo.

Principio 3
Propósitos

Los propósitos del presente proyecto de principios son los siguientes:

- a) Garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo; y
- b) Preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio ambiente y la restauración o restablecimiento de éste.

Principio 4
Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esta responsabilidad deberán ser compatibles con el proyecto de principio 3.

3. Estas medidas deberían incluir también el requerimiento al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir el requerimiento de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.

5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado de origen también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

Principio 5 *Medidas de respuesta*

Cuando sobrevenga un incidente con ocasión de una actividad peligrosa de resultados del cual se produzca, o es probable que se produzca, un daño transfronterizo:

a) El Estado de origen notificará sin demora a todos los Estados afectados, o que es probable que lo sean, el incidente y los posibles efectos del daño transfronterizo;

b) El Estado de origen, con la participación del explotador, según proceda, velará por que se adopten medidas de respuesta apropiadas y, con esta finalidad, debería recurrir a los mejores datos científicos y tecnologías disponibles;

c) El Estado de origen, según proceda, debería también consultar a todos los

Estados afectados, o que es probable que lo sean, y recabar su cooperación para atenuar los efectos del daño transfronterizo y, si es posible, eliminarlos;

d) Los Estados afectados por el daño transfronterizo, o que es probable que lo sean, tomarán todas las medidas viables para atenuar y, si es posible, eliminar los efectos de ese daño;

e) Los Estados interesados deberían recabar, cuando proceda, la asistencia de organizaciones internacionales competentes y otros Estados en términos y condiciones mutuamente aceptables.

Principio 6
Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados conferirán a sus órganos judiciales y administrativos internos la jurisdicción y competencia necesarias y velarán por que estén disponibles vías de recurso rápidas, adecuadas y eficaces ante esos órganos en caso de daño transfronterizo causado por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control.

2. Las víctimas de daños transfronterizos deberían tener acceso, en el Estado de origen, a vías de recurso que no sean menos rápidas, adecuadas y eficaces que aquellas de que disponen las víctimas de daños causados por el mismo incidente en el territorio de dicho Estado.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio del derecho de las víctimas a ejercer recursos distintos de los disponibles en el Estado de origen.

4. Los Estados podrán prever el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.

5. Los Estados deberían garantizar el acceso adecuado a la información pertinente para el ejercicio de los recursos, incluidas las reclamaciones de indemnización.

Principio 7
Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Cuando, en relación con determinadas categorías de actividades peligrosas, acuerdos específicos de carácter bilateral, regional o mundial permitan tomar disposiciones eficaces acerca de la indemnización, las medidas de respuesta y los recursos internacionales e internos, habría que hacer todo lo posible por concertar esos acuerdos específicos.

2. Estos acuerdos deberían incluir, según proceda, disposiciones para aportar una indemnización complementaria con fondos de la rama de actividad y/o del Estado en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas de resultas de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Principio 8
Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar el presente proyecto de principios.

2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación se llevarán a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, domicilio o residencia.

3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios⁷¹.

⁷¹ Doc. A/CN.4/566, p. 27.

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN MATERIA DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS

Por SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO*

I. INTRODUCCIÓN

En 1995 entró en vigor la Ley 24.488¹ que regula los alcances del principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros que son demandados ante los tribunales argentinos. La mencionada ley recoge la moderna práctica internacional en la materia, que distingue entre “actos de imperio” y “actos de gestión”, manteniendo la inmunidad sólo para los primeros y consagrando lo que ha sido denominado como “teoría de la inmunidad restringida” o “relativa”².

Antes de la entrada en vigor de la nueva legislación, resultaba de exclusiva aplicación el art. 24 del Decreto-Ley 1285/58³, que en su inc. 1º dispone:

“*La Corte Suprema de Justicia conocerá:* 1) Originaria y exclusivamente, en todos los asuntos que versen entre dos o más provincias y los civiles entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un Estado extranjero; de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranje-

* Doctora en Derecho (UBA), Profesora de Derecho Internacional Público (UBA; UTDT), Miembro Consultor del CARI.

Este trabajo está basado en la exposición efectuada en el Seminario: “Nuevos desarrollos del Derecho Internacional en materia de inversiones extranjeras y de inmunidad de jurisdicción de los Estados”, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 14 y 15 de junio de 2004.

Las opiniones aquí vertidas son exclusivamente a título personal y no representan la posición de los organismos públicos o privados en los cuales la autora se desempeña.

¹ Ley 24.488, sancionada el 31/5/1995 y promulgada parcialmente el 22/6/1995 (BO, 28/6/1995).

² Ver comentarios acerca de esta ley en ZUPPI, A. “La inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos conforme a la ley 24.488”, en *El Derecho*, 14/2/1996.

³ Decreto-Ley 1285/58, 4/2/1958 (BO, 7/2/1958).

ros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público”.

No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero con respecto al cual se ha hecho tal declaración queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad cuando el país extranjero modifique sus normas al efecto⁴.

La Ley 24.488 parte, en su art. 1º, del reconocimiento del principio de inmunidad de jurisdicción⁵, para luego consagrar, en el art. 2º, diversas excepciones⁶, muchas de las cuales ya habían sido objeto de tratamiento y discusión en diversos litigios resueltos por los tribunales argentinos.

⁴ El último párrafo transcrito fue agregado por el Decreto-Ley 9015/63, 9/10/1963 (BO, 24/10/1963).

⁵ El art. 1º dispone: “Los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, en los términos y condiciones establecidos en esta ley”.

⁶ El art. 2º establece: “Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;

b) Cuando fuere objeto de una reconvencción directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;

c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocados o del Derecho Internacional;

d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;

h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral,

En el análisis de la jurisprudencia argentina podemos visualizar dos grandes etapas. Sin duda el paso de la primera hacia la segunda está dada por el caso “Manauta, Juan José y otros v. Embajada de la Federación Rusa”, resuelto el 22/12/1994, que marca un quiebre en la aplicación de la tesis de la inmunidad absoluta, por lo menos de parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que muchos tribunales inferiores habían rechazado la inmunidad de jurisdicción en casos en donde el Estado extranjero actuaba como persona de Derecho Privado, realizando “actos de gestión”.

En efecto, hasta 1994, salvo algún caso aislado, la Corte Suprema había convalidado la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros sin importar la naturaleza de los actos por ellos realizados que fueran cuestionados ante la Justicia Argentina por los particulares demandantes. A partir de 1994, no sólo quedó consagrada la teoría de la inmunidad “relativa” como norma consuetudinaria de aplicación para nuestro país, sino que se confirman ciertas reglas para resolver problemas que se plantean en torno al instituto de la inmunidad de jurisdicción⁷.

A partir de la sanción y promulgación de la Ley 24.488, la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de interpretar varios de los supuestos contemplados en el art. 2º, definiendo su alcance y aplicándolos o desechándolos en las situaciones concretas que se le presentaron.

Resulta interesante, asimismo, analizar algunos casos en donde las partes litigantes pretendieron aplicar la jurisprudencia y la legislación actual argentina en materia de inmunidad “de jurisdicción” del Estado extranjero tanto a supuestos de inmunidad “de ejecución” como a situaciones que involucraban la inmunidad de jurisdicción de otros entes, tales como los “organismos internacionales”.

II. JURISPRUDENCIA ARGENTINA ANTERIOR AL CASO “MANAUTA”

Dentro de la etapa *anterior* al caso “Manauta”, hemos seleccionado los siguientes casos:

1. *Zubiaburre, José v. Embajada de Bolivia (CSJN, 8 de junio de 1899)*⁸

Aquí nuestro máximo Tribunal determinó que no correspondía a la jurisdicción originaria de la Corte la demanda contra un Estado extranjero.

del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario”.

⁷ Algunos autores han reseñado y comentado la jurisprudencia argentina sobre esta materia. Por ejemplo, ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. y SCOTTI, L., “Una mirada a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de inmunidad de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos (con especial referencia a las cuestiones de índole laboral)”, *elDial.com*, 22/8/2008.

⁸ CSJN, Fallos 79:124.

2. *Baima y Bessolino v. Gobierno del Paraguay (CSJN, 1916)*⁹

Se trataba de una demanda por desalojo de un local de Embajada. La Corte Suprema decidió que no correspondía a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema el conocimiento de una demanda entablada por un particular contra un gobierno extranjero. Cabe aclarar que la demanda estaba dirigida contra el Estado y no contra un embajador, por lo que el caso encuadraba en el ex art. 100 de la Constitución Nacional¹⁰, y no en el entonces art. 101¹¹.

3. *Fisco Nacional v. Monez Cazón, Rodolfo y otro (CSJN, 28 de diciembre de 1916)*¹²

En este caso uno de los demandados era un representante diplomático del Paraguay, quien había sido citado por intermedio del Poder Ejecutivo de la Nación. La Corte entendió que la citación de evicción no implicaba traer a juicio al Gobierno del Paraguay sino facilitarle los medios de defender el título del demandado. Según la Corte, era facultativo para el citado comparecer o no; por lo tanto, como no era obligatorio, no se afectaba la soberanía del Estado extranjero.

4. *Romay, Antonio v. Royal Commission on Wheat Supplies (CSJN, 14 de noviembre de 1921)*¹³

En este asunto el actor demandaba a la “Real Comisión para la Provisión de Trigo” —una agencia del Gobierno inglés— por rescisión de contrato e indemnización. La demandada declinó la jurisdicción del juez de comercio de la Capital Federal, sosteniendo que correspondía a la Justicia Federal. Esta excepción fue desechada tanto en primera como en segunda instancia, motivo por el cual se interpuso recurso extraordinario. Como el actor era español, la

⁹ CSJN, Fallos 123:58.

¹⁰ Este artículo, reemplazado por el actual art. 116, disponía: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 11 del art. 67; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

¹¹ Este artículo, cuyo texto se corresponde con el actual art. 117, dispone: “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

¹² CSJN, Fallos 125:40.

¹³ CSJN, Fallos 135:259.

Corte Suprema entendió que no correspondía la jurisdicción federal, puesto que estaría excluida para pleitos entre dos partes extranjeras. La jurisdicción federal sólo correspondía cuando un extranjero litigaba con ciudadanos argentinos. Sin embargo, la Corte puntualizó “que ha quedado reconocido el carácter de persona jurídica extranjera de la demandada y, con ella, su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, lo que importa que puede ser llevada a juicio por acciones civiles y que sea o no departamento oficial de los Gobiernos extranjeros para la adquisición de trigo argentino, es secundario, desde que obra *no en el carácter de Estado ‘iure imperii’ en ejercicio de su soberanía política, sino de Estado ‘iure gestionis’ en ejercicio de su carácter administrativo*”¹⁴.

5. *Ibarra y Cia. v. Capitán del Vapor Español Ibaí (Gobierno de España)*
(CSJN, 1937)¹⁵

Si bien los incs. 9º y 10 del art. 2º de la Ley 48 podían ser invocados para justificar la competencia federal con respecto a la acción reivindicatoria deducida contra el capitán de un barco, según la Corte Suprema no ocurría lo mismo cuando el autor dirigía su acción contra el Gobierno de una nación extranjera que, por intermedio de su embajador, expresaba que no deseaba ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de la República.

6. *Townshend de Briochetto, Muriel Olga v. Oficina Departamento Comercial del Canadá (CSJN, 21 de noviembre de 1949)*¹⁶

Se trataba de una demanda laboral. A través del Ministerio de Relaciones Exteriores se notificó al Estado extranjero, que manifestó su negativa a someterse a la jurisdicción argentina. La Corte Suprema concluyó que carecía de competencia originaria para entender en la demanda.

7. *Suárez de Solares, Judith v. Estado de Turquía s/desalojo (Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, 30 de noviembre de 1964)*¹⁷

Este asunto concernía a un juicio por desalojo iniciado por un ciudadano argentino respecto de la sede de la Embajada de Turquía. El juez de primera instancia, luego de admitir su competencia y previo a dar curso a la demanda, dispuso solicitar la conformidad del Estado extranjero para ser sometido a juicio a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, atento lo dispuesto por el art. 24 del Decreto-Ley 1285/58. La actora apeló.

¹⁴ *Ibid.*, consid. 2 (énfasis agregado).

¹⁵ CSJN, Fallos 178:173.

¹⁶ CSJN, Fallos 215:252.

¹⁷ La Ley, t. 117, p. 741.

En cuanto a la competencia, la Cámara entendió que era correcto que el juez de primera instancia se hubiera declarado competente, pues se trataba de una demanda entre un ciudadano (argentino) y un Estado extranjero, por lo que correspondía su juzgamiento al juez de sección y no era competencia originaria de la Corte Suprema, de acuerdo con la abundante jurisprudencia del máximo Tribunal. Sin embargo, según la Cámara, la constitución de un domicilio especial en un contrato de locación de la sede de la embajada de un Estado significaba aceptación de la jurisdicción de los tribunales locales, por lo que no era necesario el requerimiento al embajador para que manifestara la conformidad de su país para ser sometido a juicio por desalojo. La Cámara entendió que resultaba injusto y contrario a la buena fe que una de las partes contratantes por el hecho de ser un Estado extranjero pudiera suprimir o dejar de lado un artículo del convenio, justamente aquel que permitía exigirle ante nuestros tribunales el cumplimiento de sus obligaciones: “Basta pensar en el absurdo que significaría la posibilidad de que un Estado extranjero contratara con ciudadano de este país y que obtuviera de ello cualquier cantidad de bienes y luego se negara a cumplir sus obligaciones y a someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Por ello es que la constitución de un domicilio especial tiene ese carácter de convenio especial acerca de la jurisdicción”¹⁸. En conclusión, la Cámara resolvió revocar lo actuado en primera instancia respecto de dicho punto.

En 1965 el Poder Ejecutivo de la Nación inició acciones para obtener la declaración de inexistencia, nulidad o inconstitucionalidad de esta sentencia dictada por la Cámara —que había sometido a Turquía a la jurisdicción argentina—, por entender que dicho Estado había gozado de inmunidad de jurisdicción durante el juicio. Sin embargo, dicha pretensión no llegó a ser resuelta porque el proceso finalizó en una transacción¹⁹.

8. *Roldán, Segundo Blas v. Embajador de la República de Vietnam del Sur s/cobro de pesos (Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, 24 de octubre de 1974)*²⁰

Se trataba de una demanda por reclamo de indemnización derivada de una relación laboral. En este caso ya la CSJN había decidido excluirlo de su competencia originaria y exclusiva. El juez de primera instancia también declaró su incompetencia para conocer en el caso. La actora apeló.

La Cámara sostuvo que debía revocarse la decisión de primera instancia por falta de sustento y asumir el juez la plenitud de su jurisdicción, dándole inmediato traslado de la demanda a la Embajada de Vietnam del Sur. De

¹⁸ *Ibíd.*, consid. 3.

¹⁹ Ver caso “Amarfil Albornoz, Mirta Susana y otra v. Consulado de Chile y otros”, CSJN, Fallos 316:3117.

²⁰ La Ley, t. 1975-B, p. 527.

acuerdo con el dictamen que había efectuado el Procurador General de la Nación, las embajadas extranjeras no revestían el carácter de personas aforadas en el sentido del art. 24 del Decreto-Ley 1285/58. Por lo tanto, a juicio de la Cámara, no podía restringirse la jurisdicción del Juez Nacional del Trabajo. Tampoco encontró fundamento para que se procediera según el recaudo del mencionado art. 24, inc. 1º, “cuyo objeto no incluye situaciones como la aquí debatida”²¹. Según la Cámara, “las prerrogativas reconocidas por la ley a los ministros diplomáticos extranjeros, las personas que componen la legación y los individuos de su familia [...] se refieren en primer término a las que son de incumbencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia y en segundo lugar a las cuestiones en las que, por su índole se requiere mantener incólume la independencia del agente diplomático cuya finalidad no es otra que la armonía en las relaciones exteriores de la Nación. Son estos los fundamentos que asisten a la norma arriba citada [...]”; “una antigua y reiterada doctrina de Derecho Internacional Público, fundó la necesidad de asegurar a las representaciones diplomáticas, su independencia, exigida para el buen desempeño de su cometido, en privilegios inexcusables, pero de suyo tales prerrogativas no implican mantener aquellos que no resulten indispensables para cumplir con su cometido, *ya que no tiene razón de ser extender irracionalmente la exención, hasta que se lleve a constituir una suerte de irresponsabilidad más allá de toda inmunidad*”²². De acuerdo con el *Institut de Droit International*, “no hay exención de jurisdicción cuando el acto incriminado interesa a un nacional del país donde funciona la embajada o legación [...] no está en tela de juicio el cumplimiento de la misión diplomática, sino el cumplimiento de deberes emergentes de contratos que a su vez cuentan con regulación afianzada por normas revestidas de orden público. Si se reconociese privilegio a la embajada aquí demandada para que la acción quedase supeditada a lo que decida el Gobierno que la envió o que debiese recurrir el actor a los tribunales de la lejana Nación representada, tal modo de obrar importaría una cuasi negativa a un ciudadano argentino de gozar de la tutela de las leyes de su propio país, que además resguardan su prestación laboral”²³. En definitiva, no era posible reconocer inmunidad porque en este caso no estaba comprometido el interés internacional, ni el prestigio del país que envió la Embajada. Además, según la Cámara, “no puede sentirse menoscabada la República de Vietnam del Sur, porque su embajada sea llamada a juicio y sometida a la jurisdicción laboral, cuando con ello sólo se persigue dar acabado cumplimiento a derechos humanos, que dicho país reconoce a sus nacionales en análogas circunstancias”²⁴.

²¹ *Ibid.*, p. 527.

²² *Ibid.*, ps. 527/528 (énfasis agregado).

²³ *Ibid.*, p. 528 (énfasis agregado).

²⁴ *Ibid.*, p. 528.

9. *Maclean, Carlos v. Gobierno de los EE.UU. (CSJN, 2 de septiembre de 1975)*²⁵

El actor demandaba a los EE.UU. por cobro de la comisión que le correspondía por un contrato de locación de un inmueble. No habiendo sido contestada la demanda, solicitaba que se declarara rebelde a la demandada. El Ministerio de Relaciones Exteriores hizo saber que los EE.UU. —por medio de una nota enviada— rehusaban a renunciar a su inmunidad soberana. Por lo tanto, en primera instancia, no se hizo lugar a lo pedido por la actora, quien apeló.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo confirmó la sentencia del tribunal inferior: no se dio curso a la demanda sin la conformidad del Estado extranjero, según art. 24 del Decreto-Ley 1285/58. Reiteró el precedente “Suárez de Solares”.

La parte actora consideraba que el precedente jurisprudencial que decía que la elección de un domicilio especial en la República por parte de un Estado extranjero traía aparejada la extensión de su jurisdicción no era aplicable al caso por no haber sido aquél parte en el contrato de locación para cuya celebración intermedió. Sin embargo, esa jurisprudencia había sido invocada por el propio demandante. Además el actor solicitaba la inconstitucionalidad del art. 24, inc. 1° del mencionado Decreto-Ley.

La Corte Suprema consideró que no se habían suministrado argumentos para demostrar la inconstitucionalidad de dicha norma, la cual tenía su fundamento en el Derecho Internacional: un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro en contra de su voluntad. Destacó que este principio había sido aplicado desde la antigüedad y reiterado por la propia Corte en numerosos casos. Por lo tanto, declaró improcedente el recurso extraordinario interpuesto.

10. *Gómez, Samuel v. Embajada Británica (CSJN, 24 de junio de 1976)*²⁶

Este asunto se originó por una acción de despido iniciada por el jardinero de la Embajada británica en Buenos Aires. El tribunal de primera instancia requirió el allanamiento del Gobierno británico a la jurisdicción argentina en aplicación del art. 24, inc. 1° del Decreto-Ley 1285/58. El Reino Unido se negaba y por ello no compareció al proceso, invocando inmunidad de jurisdicción, hecho que fuera comunicado a la Justicia por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país. Aquí uno de los temas de debate era si la inmunidad de jurisdicción debía invocarse por vía judicial o podía hacerse a través del Poder Ejecutivo de la Nación. Sin embargo el tribunal decidió llevar adelante la causa siguiendo el criterio sentado en el caso “Roldán”.

²⁵ CSJN, Fallos 292:461.

²⁶ CSJN, Fallos 295:176.

La CSJN hizo lugar a la inmunidad de jurisdicción por entender que no se habían aplicado correctamente las disposiciones vigentes ni se había dado cumplimiento a los principios de Derecho Internacional, los cuales eran de aplicación prioritaria al caso. Consideró que el Decreto-Ley 1285/58 no autorizaba la distinción respecto de la naturaleza de la cuestión y que era procedente la vía utilizada por el Reino Unido para hacer valer la inmunidad de jurisdicción.

*11. López, Elsa y otro v. Embajada de Francia (CSJN, 24 de junio de 1976)*²⁷

Este caso concernía a las acciones originadas contra Francia por el despido de dos empleados de limpieza argentinos. La Corte remitió a la solución dada en el caso anterior, resuelto el mismo día (por ser análogos). A diferencia del otro, aquí la Embajada de Francia había contestado subsidiariamente la demanda por si no prosperaba la excepción de incompetencia planteada —lo que efectivamente ocurrió—. El tribunal actuante en primera instancia había aplicado la solución dada en los autos “Roldán”. En definitiva, la Corte Suprema admitió la inmunidad de la Embajada de Francia.

*12. Protexin Americana S.A.C.I.F.I. y A. v. Boulharouf, Taieb (CSJN, 27 de diciembre de 1979)*²⁸

En este caso la Corte Suprema decidió que no correspondía que ejerciera su jurisdicción originaria en el supuesto en que el pedido de declaración de inconstitucionalidad, —como contrario a la garantía de la defensa en juicio— de las normas de la Convención de Viena que consagraban la inmunidad diplomática, no formaba parte de los términos de la litis, pese a resultar previsible la negativa del Estado extranjero a prestar conformidad con el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales argentinos.

*13. Compañía Arenera del Río Luján S.A. v. De Castro, Francisco y otros s/ Indemnización (C.S.J.N., 1º de septiembre de 1992)*²⁹

Este caso tiene su origen en una demanda de daños y perjuicios entablada por la actora, que era propietaria y armadora del buque de bandera argentina “Pato Bragado”, contra la República Oriental del Uruguay y contra el comandante del buque de la Armada de dicho Estado, Francisco De Castro. La demandante aducía que el buque de su propiedad había sido interceptado, abordado, apresado y conducido a puerto uruguayo por el citado buque de guerra del país vecino, mientras se encontraba operando en aguas argentinas

²⁷ CSJN, Fallos 295:187.

²⁸ CSJN, Fallos 301:1223.

²⁹ CSJN, Fallos 313:1779.

del Río Uruguay. Si bien las autoridades uruguayas en un primer momento adujeron que se encontraría extrayendo materiales del lecho del río en jurisdicción uruguaya, tres años después, los procedimientos judiciales iniciados ante la Justicia uruguaya fueron cancelados, al reconocerse que los cargos eran infundados. Sin embargo, en dichos pronunciamientos se había omitido resarcir los perjuicios materiales y morales sufridos por la actora, quien reclamaba indemnización. Por aplicación del art. 24, inc. 1º del Decreto-Ley 1285/58, se requirió la conformidad del Estado uruguayo para ser sometido a juicio en nuestro país, con resultado negativo, puesto que la representación diplomática del Uruguay hizo saber que no renunciaba a la inmunidad de jurisdicción que gozaba, en virtud de un principio reconocido universalmente. Fundaba asimismo su respuesta en las normas del Tratado de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940 y el de la Convención de Bruselas de 1926 y su Protocolo Adicional de 1934, señalando que tanto los buques de guerra, como su oficialidad y sus tripulaciones estaba exentos de la jurisdicción de cualquier otro Estado excepto el propio, aunque se encontrasen en aguas jurisdiccionales o internas ajenas y se produjesen reclamaciones por actos pretendidamente realizados en ellas. Asimismo, el coaccionado De Castro invocó la inmunidad de jurisdicción como capitán de navío de guerra uruguayo que había actuado como agente del Estado uruguayo, en ejercicio de actos de servicio. La actora solicitaba se declarase al codemandado De Castro en rebeldía, entendiendo que el criterio dominante en el moderno Derecho Internacional era que la inmunidad debía limitarse a hechos y actos jurídicos internos de la nave, pero no cuando la acción en sí estaba dirigida en contra de personas del Estado donde se había producido el hecho. Además señalaba que los Tratados de Montevideo determinaban la jurisdicción exclusiva argentina.

Tanto el juez federal de primera instancia como la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal admitieron la inmunidad de jurisdicción planteada y desestimaron la declaración de rebeldía solicitada al reconocer que en virtud de las normas convencionales citadas por la parte demandada, los buques de guerra extranjeros, las cosas y las personas a bordo estaban sometidos a la jurisdicción del Estado de su bandera y exentos de todo acto de autoridad por parte del Estado local. Sostuvieron que la demandante debía promover las acciones correspondientes ante la jurisdicción del pabellón del buque de guerra. La actora dedujo recurso extraordinario contra la decisión de la Cámara, entendiendo que la sentencia era arbitraria ya que no se había tenido en cuenta que los hechos, aunque calificaran de actos de servicio, habían sido ejercidos dentro del territorio soberano argentino. Además sostenía que se negaba validez a tratados internacionales que constituían “suprema legislación”, como el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, que en su art. 1º determinaba la competencia de los jueces argentinos, entre otras normas convencionales. Por otra parte, esgrimía la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 1285/58, tanto por su ilegitimidad de origen (norma emanada

del Poder Ejecutivo de facto) como por contradecir tratados vigentes y vulnerar las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de defensa en juicio.

La Corte Suprema, compartiendo los argumentos de la Procuración General de la Nación, decidió declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Entre los fundamentos, se sostuvo que la doctrina internacional les reconocía a los buques de guerra el carácter de órganos del Estado de su pabellón, carácter que no resultaba alterado por el hecho de que la nave pública se encontrase en aguas nacionales o en aguas territoriales extranjeras, siempre que estuvieran tripuladas y bajo el mando de un comandante responsable al servicio del Estado, tesis consagrada en los tratados internacionales invocados por el Estado uruguayo. La apelante había errado en su enfoque jurídico, puesto que no se trataba de un problema de competencia para aplicar el art. 1º del Tratado de Montevideo, sino del beneficio de la inmunidad de jurisdicción de un integrante de la fuerza armada de un país extranjero, con motivo de la ejecución de un acto de servicio. Por ello, se hace la siguiente distinción: los magistrados argentinos no se habían declarado incompetentes, sino que habían admitido la inmunidad de jurisdicción planteada en base a la aplicación de principios y normas convencionales internacionales ineludibles. Asimismo, se descalificó la aplicación de ciertos tratados internacionales invocados por la actora, como el Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940, por no ser aplicables a los buques de guerra. También se afirmó que la acción del navío de guerra uruguayo aparecía formalmente como un acto de autoridad o de imperio, que mal podría calificarse de “abordaje”.

En cuanto a extender la inmunidad de jurisdicción —que amparaba al Estado extranjero y al buque de guerra— al comandante del buque uruguayo, se expresó que se trataba de conceptos inseparables, toda vez que el Estado extranjero, como persona jurídica, se valía de las personas físicas para llevar a cabo hechos y actos correspondientes a él. Por lo tanto, eran los “órganos personas” a través de los cuales las personas jurídicas estatales expresaban su voluntad. Respecto del argumento invocado por la actora, acerca de que se trató de un acto ilícito que no podía ser calificado como un acto de servicio de un órgano extranjero, se rechazó esta posición, por entenderse que aun cuando se contara con el reconocimiento explícito del Gobierno extranjero, cabría aplicar la doctrina que consideraba que la legitimidad del acto no era el elemento primordial para decidir si era o no un acto estatal, sino que se entendía, en cambio, que debía atenerse únicamente a la apariencia externa del acto, propio de la función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente. Además, el examen y juzgamiento de tales actos no podía ser realizado por los tribunales argentinos sin el consentimiento del Estado extranjero.

Por último, se rechazaron asimismo los agravios respecto de la inconstitucionalidad del art. 24, inc. 1º del Decreto-Ley 1285/58, por haber sido propuestos extemporáneamente.

14. *Amarfil Alborno, Mirta Susana y otra v. Consulado de Chile y otros*
(CSJN, 16 de diciembre de 1993)³⁰

Aquí se acciona por indemnización derivada de un despido, por cierre de un Consulado Honorario de Chile en la Provincia de San Juan. La demanda se dirigía contra el Consulado y contra el cónsul de ese momento. La Embajada de Chile en Buenos Aires se presentó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores argentino invocando la inmunidad de jurisdicción en dichos actuados, aludiendo a los principios básicos del Derecho Internacional y a lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. La parte actora sostenía que la inmunidad diplomática no era aplicable dado lo dispuesto por el art. 48, inc. 3° de la segunda de las convenciones (que establece que cuando los miembros de la oficina consular empleen a personas que no estén eximidas del régimen de seguridad social, deberán cumplir con las obligaciones de seguridad social que el Estado receptor imponga a los empleadores). El juez de primera instancia dictó sentencia sin tener en cuenta la negativa de la Embajada de Chile de someterse a la jurisdicción nacional. Sostuvo que la inmunidad diplomática pretendida no amparaba al Consulado de Chile ni a su titular, ya que reconocía excepciones de acuerdo con el art. 31 de la Convención de 1961 que, de no ser admitidas, se configuraba un supuesto de privación de justicia atentatorio no sólo de la Constitución Nacional, sino también del *ius cogens*. Por lo tanto condenó al Consulado General de Chile.

En consecuencia, la Embajada General de Chile se presentó nuevamente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país y reiteró lo vertido con anterioridad, por lo que el Juez decidió elevar de oficio las actuaciones a la Corte Suprema (conocimiento por vía de *per saltum*). La demandada consideraba que esa nota presentada carecía de eficacia jurídica ya que la Embajada no era parte del juicio, y tampoco se especificaba en ella ninguna nulidad o excepción legal que impidiera el cumplimiento de una sentencia consentida y no apelada que ya había resuelto el planteo de inmunidad.

De acuerdo con el Procurador General de la Nación, si del expediente surgía que la embajada extranjera se había negado en forma expresa a someterse a la jurisdicción nacional, correspondía admitir la inmunidad invocada y dejar sin efecto lo actuado por el juez, que había declarado su competencia en razón de no considerar comprendido el caso dentro de lo dispuesto en el art. 24, inc. 1°, del Decreto-Ley 1285/58.

La Corte Suprema reiteró la jurisprudencia de los casos “Gómez, Samuel” y “Embajada de Francia” y resolvió admitir la inmunidad de jurisdicción invocada por la Embajada de Chile, dejando sin efecto lo actuado por el juez de primera instancia.

³⁰ CSJN, Fallos 316:3111.

III. EL CASO “MANAUTA”³¹

Como ya adelantamos, este caso marca el quiebre de la tesis de la inmunidad absoluta en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Nos referimos a la primera sentencia de la Corte, dictada en ese asunto a fines de 1994, en la que se discute la inmunidad de jurisdicción del Estado ruso. Más adelante, a fines de 2007, la Corte Suprema se expidió sobre la inmunidad de ejecución, lo que se analiza en la sección siguiente.

Se trata de una demanda por reclamo de incumplimiento de aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares que correspondían a empleados de la Oficina de Prensa de la Embajada rusa. El juez de primera instancia en lo civil y comercial federal libró oficios al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de requerir la conformidad de la Federación de Rusia. Al no contar con un pronunciamiento expreso de aceptación de la competencia decidió ordenar un nuevo oficio. La parte actora apeló la decisión.

La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión al entender que el silencio ante el requerimiento sólo podía ser interpretado como “negativa tácita”. Los actores interpusieron recurso extraordinario. Entendían que el Decreto-Ley 1285/58 no incluía el término “expreso” al referirse a la conformidad que debían prestar los Estados extranjeros para ser sometidos a juicio en nuestro país. Además, sostenían que no existía inmunidad de jurisdicción por tratarse de ilícitos previsionales y no de cuestiones políticas propias de las delegaciones extranjeras.

La Corte Suprema reconoció que si bien algunos tribunales inferiores habían resuelto la no aplicación del art. 24 del Decreto-Ley 1285/58 a las causas laborales, dicha Corte siempre había aplicado el principio de inmunidad en todos los casos, incluso laborales. Según la Corte, la redacción de este artículo “*no conduce necesariamente a la adopción de la teoría clásica o absoluta*”, aunque “*tampoco introduce textualmente la distinción entre los actos iure imperii y los iure gestionis*”³². Sin embargo, “*a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad*”³³, haciendo referencia a las leyes modernas que se enrolaban en la teoría restrictiva, manteniendo sólo la inmunidad de jurisdicción para los actos de imperio. En consecuencia, aplicó el art. 24, inc. 1° del Decreto-Ley 1285/58 a las actuales circunstancias. Reconoció que este caso se refería al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales que no afectaban el

³¹ “Manauta, Juan José y otros v. Embajada de la Federación Rusa”, 22 de diciembre de 1994; CSJN, Fallos 317:1880.

³² *Ibid.*, consid. 8.

³³ *Ibid.*, consid. 10.

normal desenvolvimiento de una representación diplomática. Asimismo subrayó que “una interpretación opuesta [...] conduciría en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el Derecho Internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir”³⁴. En consecuencia, se revocó la resolución apelada, declarándose la competencia de la Justicia Civil y Comercial Federal.

IV. JURISPRUDENCIA ARGENTINA POSTERIOR AL CASO “MANAUTA”

Dentro de esta etapa, hemos seleccionado los siguientes casos:

1. *Saravia, Gregorio v. Agencia de Cooperación Internacional del Japón* (CSJN, 1º de septiembre de 1998)³⁵

Este caso se originó por una acción por despido sin causa interpuesta contra un organismo oficial del Japón, por servicios prestados en la Ciudad de Buenos Aires. La demandada pretendía que no se le aplicara la doctrina del caso “Manauta” por tratarse de una demanda iniciada con anterioridad y también previa a la sanción de la Ley 24.488. Sin embargo, la Corte Suprema aplicó el art. 2º, inc. d, de dicha Ley (trabajador argentino, que reside y trabajó en el país) por entender que, aun cuando haya sido sancionada luego de la interposición de la demanda, se trataba de una norma sobre habilitación de la instancia, que revestía carácter jurisdiccional y era, por ende, de aplicación inmediata.

2. *Cereales Asunción SRL v. Administración Nacional de Navegación y Puertos de la República Paraguaya s/daños y perjuicios* (incumplimiento del contrato) (CSJN, 29 de septiembre de 1998)³⁶

Una compañía cerealera argentina accionó contra una entidad autárquica del Poder Ejecutivo paraguayo por la rescisión unilateral de un contrato de concesión que habilitaba a la parte actora a operar en la zona franca paraguaya en territorio argentino, la cual se había establecido en 1979 por medio de un convenio entre Argentina y Paraguay. En virtud de dicho acuerdo, la Argentina cedía la administración de la zona franca ubicada en el Puerto de Rosario, para las mercaderías de exportación provenientes de Paraguay y para las que se

³⁴ *Ibid.*, consid. 13.

³⁵ CSJN, Fallos 321:2434.

³⁶ CSJN, Fallos 321:2594.

importasen por ese país para uso y consumo. La Argentina se reservaba todas las facultades emanadas de la soberanía territorial y la jurisdicción sobre ese lugar. Paraguay opuso una excepción de incompetencia. En primera instancia se hizo lugar a la excepción y se declaró la falta de jurisdicción argentina para conocer en el caso.

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario revocó dicha sentencia, dado que en aquel convenio la Argentina se había reservado las facultades emanadas de la soberanía territorial y que, por lo tanto, Paraguay al no hacer reserva alguna había reconocido la jurisdicción argentina.

La CSJN consideró que resultaba aplicable al caso la Ley 24.488, aun cuando había sido sancionada con posterioridad a la interposición de la demanda y las partes no la hubieran invocado, ya que los jueces debían aplicar el derecho vigente (las normas sobre habilitación de instancia revisten carácter jurisdiccional y tienen aplicación inmediata).

La Corte consideró que el caso encuadraba en el art. 2º, inc. c, de dicha Ley (*actividad comercial* o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero, si la jurisdicción argentina surge del contrato o del Derecho Internacional). La Corte interpretó el alcance del término “comercial” (para ello tomó en cuenta los antecedentes de la Ley argentina: Convención Europea, proyectos de convenciones de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, leyes norteamericana y británica). También citó jurisprudencia extranjera en donde se había determinado a los actos comerciales por exclusión de los actos de imperio, es decir, todo acto que no fuera una inmediata manifestación de la soberanía de un Estado, así como el caso “Manauta”. Concluyó que nuestra Ley empleó el término “comercial” en sentido amplio, dentro de los actos de gestión. La entidad demandada era un órgano administrativo del Gobierno de Paraguay que había otorgado en concesión a la demandante el movimiento de cargas en la zona franca. Más allá de la finalidad pública perseguida por todo Estado (incluso al realizar actos de gestión), la Corte Suprema entendió que lo que incumbía aquí era la naturaleza comercial del acto para determinar si podía ser sometido a la jurisdicción argentina. Para la Corte, los servicios de movimiento de carga portuaria eran una actividad comercial en el sentido de la Ley 24.488. Restaba verificar el segundo requisito de la Ley, es decir, si la jurisdicción argentina surgía del contrato o del Derecho Internacional. De acuerdo con la Corte, en cuanto al Derecho Internacional general, sólo impone que haya una conexión razonable entre la jurisdicción del Estado y la controversia, dejando librado a los Estados el establecimiento de tales conexiones. La Corte aplicó el Tratado de Montevideo de 1940, por tener jerarquía superior a cualquier solución brindada por las normas nacionales de Derecho Internacional privado. Dicho tratado establece, además del foro del domicilio del demandado, la jurisdicción en el caso de los contratos sobre la base del derecho del lugar de cumplimiento. En el caso concreto, el lugar de cumplimiento del contrato de concesión era la zona franca ubicada

en territorio argentino. Por otra parte, según el razonamiento de la Corte, dicho contrato pudo haber previsto la jurisdicción paraguaya, cosa que no hizo, por lo que las partes pudieron haber entendido que era competente la Justicia Argentina. En conclusión, tanto el contrato como el Derecho Internacional (general o privado) habilitaban la jurisdicción argentina.

Cabe destacar que el ministro Petracchi, en un voto separado, consideró que la Argentina tenía jurisdicción porque ello se desprendía directamente del convenio entre Argentina y Paraguay por el que se establecía la zona franca.

Por su parte, el ministro Moliné O'Connor votó en disidencia, por los mismos fundamentos dados por el Procurador General, entendiendo que los tribunales argentinos no eran competentes.

3. *Duhalde, Mario Alfredo v. Organización Panamericana de la Salud - Oficina Sanitaria Panamericana s/ Accidente-Ley 9688 (CSJN, 31 de agosto de 1999)*³⁷

Se trata de una acción interpuesta ante la Justicia Argentina, por un funcionario de una organización internacional —Organización Panamericana de la Salud—. Tanto en primera como segunda instancia (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo) resolvieron rechazar la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada basada en la inmunidad de jurisdicción, por considerar que esta causa era análoga al caso “Manauta”, donde la Corte Suprema, adhiriendo a la teoría restringida, había decidido excluir de la inmunidad lo relativo al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales. La recurrente sostenía que la doctrina del caso “Manauta” no podía ser aplicable a este asunto por ser propia de un Estado extranjero y no de organismos internacionales, ya que aquí se encontraban a disposición de la actora vías alternativas adecuadas para la resolución de su reclamo.

La Corte Suprema advierte que lo que se discute en este caso no es el carácter de organismo especializado de las Naciones Unidas de la demandada, sino la cuestión de si debe hacerse extensiva la interpretación restringida de la inmunidad de jurisdicción a los organismos internacionales. Según la Corte, la limitación al juzgamiento compulsivo de un asunto ante las organizaciones internacionales no tenía por fundamento el derecho de gentes sino la voluntad común de los Estados parte de su tratado constitutivo (o en su caso, en un acuerdo de sede). Por ello la organización gozaba de dicho privilegio con el alcance definido en el instrumento internacional pertinente. La Corte aplicó la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas y los acuerdos vinculados a la organización demandada donde se reconocía la inmunidad tanto de la organización como de sus funcionarios en el territorio de los Estados miembros, en este caso, de la

³⁷ CSJN, Fallos 322:1905.

República Argentina. En segundo lugar, la Corte verificó que dichos tratados se adecuaron a los principios del derecho público contenidos en la Constitución Nacional (en virtud de lo prescripto por el art. 27 de la Carta Magna), ya que no se podía pactar una inmunidad de jurisdicción absoluta a favor de la organización internacional que comportase una privación de justicia, por lo que resultaba imprescindible que la organización contara con tribunales propios o se previera una jurisdicción arbitral o internacional con garantías suficientes en la administración de justicia. Reiteró que “*la existencia de un mecanismo alternativo satisfactorio de solución de controversias, es condición para el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción que compete a los organismos internacionales*”³⁸.

En cuanto al reclamo de este caso, la Corte observó que tanto el Reglamento como el Estatuto del Personal de la OPS - OMS, preveían procedimientos para resolver los reclamos laborales, estableciendo un procedimiento interno de revisión de la medida objeto del reclamo por un órgano administrativo. Su decisión podía ser apelada ante el Tribunal Administrativo de la OIT, cuya jurisdicción había sido reconocida por el organismo demandado. Las decisiones de este tribunal eran de cumplimiento obligatorio para ambas partes. Por tal motivo, la Corte entendió que no podía alegarse un supuesto de privación de justicia, ya que existía un procedimiento para la solución de controversias expresamente aceptado por el actor, sobre el que no se había demostrado su ineficacia. En razón de los diferentes fundamentos que sustentan el otorgamiento de la excepción de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales, no cabía, según la Corte, la extensión de la solución dada por la Ley 24.488, dado que, de lo contrario, se habría modificado unilateralmente la inmunidad que surgía de tratados obligatorios para la Argentina, con las posibles consecuencias sancionatorias de la comunidad internacional. En conclusión, se revocó la sentencia apelada y se admitió la inmunidad de jurisdicción de la organización internacional.

4. *Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela v. Embajada de la República Eslovaca (CSJN, 6 de octubre de 1999)*³⁹

Este caso se originó a causa de una demanda laboral interpuesta contra la Embajada de la República Eslovaca. Tanto en primera instancia como en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se había rechazado un pedido de levantamiento de embargo “preventivo” decretado sobre la cuenta corriente de la Embajada mencionada por considerar que la demanda se basaba en actos de gestión originados en una relación laboral, exentos de la inmunidad de jurisdicción.

³⁸ *Ibid.*, consid. 10. Esta cita de la Corte corresponde al precedente del caso “Fibraca Constructora v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, CSJN, 7 de julio de 1993, Fallos 316:1669.

³⁹ CSJN, Fallos 322:2399.

ción y, por ende, siendo irrelevante el pedido de renuncia a menos que la ejecución se dirigiera contra alguno de los bienes contemplados como inviolables por la Convención de Viena de 1961, entre los que no se consideró incluidos los fondos depositados en la cuenta corriente de la embajada. A causa de ello se presentó recurso extraordinario. La demandada destacaba que los fondos embargados habían sido depositados por el Estado para cubrir gastos oficiales de representación diplomática y que no se había renunciado a la inmunidad de ejecución, tal como lo exigía la Convención de Viena de 1961.

La Corte Suprema analizó que en nuestro país no existía una norma interna que regulara específicamente el conflicto de inmunidad de ejecución suscitado en esta causa. La Ley 24.488 sólo regía la inmunidad de jurisdicción y ninguno de sus artículos permitía aplicarla por analogía a la inmunidad de ejecución. Por lo tanto, el caso debía ser resuelto a la luz de los principios y normas del Derecho Internacional.

Las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 establecen que los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos no podrán ser objeto de embargo o medida de ejecución. Como las medidas ejecutorias contra bienes de un Estado extranjero, que implican el uso de la fuerza pública por el Estado del foro, afectan gravemente la soberanía e independencia, de acuerdo con la Corte no cabía extender las soluciones sobre inmunidad de jurisdicción. Incluso la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implicaba la renuncia a la inmunidad de ejecución. Lo que la demandada cuestionaba era un embargo preventivo sobre los fondos de su cuenta corriente, supuesto que no se encuentra contemplado en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963. Por ello, la Corte concluye que “*ante el delicado y embarazoso conflicto entre el derecho del trabajador a cobrar su salario de una embajada sobre la cuenta destinada normalmente a pagarlo y el derecho de un Estado extranjero a la inmunidad de ejecuciones sobre esa misma cuenta, ha de darse preferencia a tal inmunidad, pese a que no haya sobre el caso inmunidad de jurisdicción [...]*”⁴⁰.

En consecuencia, se revocó la sentencia apelada y se ordenó el levantamiento del embargo preventivo.

5. *Vallarino, Edelmiro Osvaldo v. Embajada del Japón s/despido (CSJN, 4 de mayo de 2000)*⁴¹

Este caso se trata de una acción por indemnizaciones derivadas de un despido sin causa promovida por un empleado del área de seguridad interna de la Embajada del Japón. La Justicia laboral se declaró competente y dictó sentencia, la que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones del Trabajo. Se rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 24.488 y de nulidad,

⁴⁰ *Ibid.*, consid. 10.

⁴¹ CSJN, Fallos 323:959.

incompetencia e inmunidad de jurisdicción y ejecución interpuestos por la Embajada, por lo que se interpuso recurso extraordinario. El recurrente entendía que la sentencia apelada se apartaba de la causa “Romero” donde, según interpretaba, se había abandonado la doctrina del caso “Manauta” y se había establecido que no era posible someter a la jurisdicción de los tribunales argentinos a los Estados extranjeros sin su consentimiento. Aun de aceptarse la inmunidad de jurisdicción restrictiva, sostenía que había que encuadrar el supuesto como acto de imperio porque estaba en juego la seguridad de la Embajada. Tachaba asimismo de inconstitucional la Ley 24.488 por resultar contraria a tratados internacionales que remitían a la costumbre internacional que consagraba el principio de inmunidad de jurisdicción absoluta.

La Corte Suprema reiteró la jurisprudencia de los casos “Manauta” y “Saravia”: que la inmunidad absoluta no constituía una norma de Derecho Internacional. Aplicó el art. 2º, inc. d, de la Ley 24.488 por tratarse de un trabajador que residía y trabajaba en el país. Además, desestimó el planteo referido a la inmunidad de ejecución, por no existir un agravio concreto y actual, pues no había ni un propósito cautelar ni ejecutorio.

6. *Bonacic-Kresic, Esteban v. Embajada de la República Federal de Yugoslavia s/despido (CSJN, 4 de mayo de 2000)*

En virtud de un despido, la parte actora inició un reclamo por cobro de remuneraciones e indemnizaciones contra la Embajada de la República Federal de Yugoslavia⁴². El Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo nro. 7 hizo lugar al reclamo, pero rechazó el pedido de embargo preventivo —luego definitivo—, debido a que, según la jurisprudencia y la doctrina, la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero no resulta extensible a la solicitud de medidas cautelares —en este caso se trataba del embargo de dos automotores de la Embajada—. El juez entendió que “*en estas hipótesis [...] procede la aplicación analógica de la ley 3952 de ‘Demandas contra la Nación’, cuyo art. 7º prevé que las sentencias condenatorias contra el Estado Nacional tendrán ‘carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda’*”⁴³.

La sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la decisión en cuestión, teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 32, incs. 2(e) y 4(e), de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y 6, inc. e, de la Ley 24.488. Además se refirió a la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados y a las leyes del Reino Unido y de los Estados Unidos sobre esa materia⁴⁴. La Cámara indicó, además, que la actora no había

⁴² “Bonacic-Kresic, Esteban v. Embajada de la República Federal de Yugoslavia s/despido”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 28 de diciembre de 1998, párr. 1.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

acreditado los fines a los que se destinaban los bienes de la Embajada sobre los cuales recaerían las medidas pretendidas, así como tampoco la propiedad de los automotores.

Contra esta decisión la actora dedujo recurso extraordinario. Sostuvo que la sentencia la privaba del derecho a ejecutar la decisión de mérito de manera definitiva y planteó la inconstitucionalidad del art. 6º, inc. e, de la Ley 24.448, por ser contrario a los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, instrumentos estos últimos que gozan de jerarquía constitucional de la que no goza la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas⁴⁵. De acuerdo con la recurrente, “*de adherirse, sin más, al principio de inviolabilidad de los bienes de las misiones diplomáticas, todas las teorías elaboradas para fundamentar la ‘inmunidad restringida de jurisdicción’ resultarían vanas, porque se consagraría lo que el Alto Tribunal pretendió evitar al fallar ‘Manauta...’*”⁴⁶. Por otra parte, se agravia de que se le imponga que acredite los fines a que la accionada destina el bien y su titularidad registral, por considerar que “*dicha carga concierne en todo caso al deudor, puesto que resulta virtualmente imposible al actor acreditar los fines a que se encuentran afectados los bienes de la Embajada [...]*”, entre otros fundamentos⁴⁷.

La Corte Suprema entendió que las cuestiones traídas a su conocimiento guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas en la sentencia dictada en la causa “Blasson” —analizada *supra*—, a cuyos fundamentos y conclusiones correspondía remitir, por razones de brevedad⁴⁸. Por lo tanto, declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

7. *García Jakab, Silvina v. Embajada de la República Eslovaca (CSJN, 4 de mayo de 2000)*

En esta causa la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que como los hechos guardaban sustancial analogía con lo debatido en el caso “Blasson”, debía estarse a los fundamentos y conclusiones allí establecidos, por razones de brevedad. Se declaró procedente el recurso extraordinario y se confirmó la sentencia apelada⁴⁹.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 2.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ “Bonacic-Kresic, Esteban v. Embajada de la República Federal de Yugoslavia s/despido”, CSJN, 4 de mayo de 2000.

⁴⁹ “García Jakab, Silvina v. Embajada de la República Eslovaca”, CSJN, 4 de mayo de 2000.

8. *Coronel, Oscar A. y otros v. Estado Nacional -Ministerio de Defensa- s/accidente en el ámbito militar y fuerza de seguridad (CSJN, 9 de noviembre de 2000)*⁵⁰

Oscar Coronel junto a otros ex-tripulantes del Crucero General Belgrano y derechohabientes de tripulantes muertos durante el conflicto de las Islas Malvinas, demandaron al Estado Nacional, a los tres Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas que en 1982 decidieron la guerra por la recuperación de las Islas Malvinas y al Reino Unido, a fin de obtener una reparación integral por los daños sufridos como consecuencia del hundimiento del citado buque de guerra⁵¹. Entre otras normas, citaron que se violaban diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con respecto al Reino Unido, invocaron el art. 2º, inc. e, de la Ley 24.488, afirmando que los Estados extranjeros no pueden invocar la inmunidad de jurisdicción cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio nacional y que, por aplicación del veto parcial del Poder Ejecutivo Nacional al art. 3º de la ley, se afirmó la jurisdicción nacional cuando un Estado extranjero es demandado mediante la invocación de una violación al Derecho Internacional y de los derechos humanos. Adujeron que el hundimiento del crucero General Belgrano por parte del Reino Unido “no respondió a ninguna justificación bélica, sino a la intención británica de radicalizar el conflicto e impedir los progresos del plan de paz que, en ese momento, llevaba a cabo el presidente de la República del Perú”⁵². De acuerdo con los demandantes, “[e]l Reino Unido fijó una zona de exclusión para satisfacer sus necesidades bélicas y el hundimiento del buque, en aguas claramente lejanas de aquella zona y dentro de las doscientas millas contadas desde la costa argentina, es demostrativo de la ilicitud de su conducta, que afectó tanto el principio *altere non laedere*, como las normas internacionales convencionales y consuetudinarias limitativas de la guerra y sus operaciones”⁵³.

El juez de primera instancia decidió darle curso a la demanda y disponer el libramiento de oficio al Ministerio de Relaciones Exteriores para que se requiera al representante diplomático del Estado extranjero, su conformidad para ser sometido a juicio —de acuerdo a lo prescripto por el art. 24, inc. 1º, del Decreto-Ley 1285/58—, por considerar que no se daba ninguno de los su-

⁵⁰ Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/...>

⁵¹ “Coronel, Oscar A. y otros v. Estado Nacional -Ministerio de Defensa- s/ accidente en el ámbito militar y f. de seguridad”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 30 de noviembre de 1999, párr. I.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

puestos de excepción previstos en la Ley 24.488⁵⁴. La decisión fue apelada y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal la confirmó.

La Cámara consideró que consideró que el art. 24 del Decreto-Ley 1285/58 no fue modificado por la Ley 24.488, “*pues su texto no recoge la hipótesis que plantean los actores que, aún cuando la hayan calificado de delito, tuvo lugar en circunstancias bélicas, sin perjuicio de señalar la falta de claridad del estado de beligerancia que existió con el Reino Unido y no obstante la evaluación que, en su momento, se realice respecto de las características del hecho en que se funda la demanda*”⁵⁵.

Los actores interpusieron recurso extraordinario. Alegan que “*no existe incompatibilidad entre ilicitud penal y estado de beligerancia que excluya la exención prevista en el art. 21, inc. f) de la ley N° 24.488 —en rigor de verdad, debe entenderse que se refieren al supuesto contenido en el inc. e) de la ley—, sino que la violación de ciertas normas internacionales supone la concreción de ilícitos penales y, precisamente, la presente demanda se fundó en un crimen o delito de guerra*”⁵⁶. Para los demandantes, el veto del Poder Ejecutivo Nacional al art. 3° de la ley significó la desaparición de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero cuando es demandado por la violación de derechos humanos.

Cabe recordar, que el Poder Ejecutivo de la Nación observó parcialmente el art. 3° de la ley⁵⁷ por considerar que era contrario a lo dispuesto por el art. 46, inc. 1°, apart. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —fundamento a todas luces erróneo⁵⁸— que establece que para la admisión por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de una petición o

⁵⁴ *Ibid.*, párr. II.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. III.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. IV.

⁵⁷ Decreto 849/95 del Poder Ejecutivo de la Nación, 22/6/1995 (BO, 28/06/1995), art. 1°.

El art. 3° de la Ley 24.488 prescribe: “*Si se presentaren demandas ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el tribunal interviniente se limitará a indicar al actor el órgano de protección internacional en el ámbito regional o universal ante el que podrá formular su reclamo, si correspondiere. Asimismo, remitirá copia de la demanda al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a fin de que tome conocimiento del reclamo y adopte las medidas que correspondan en el orden internacional*”.

⁵⁸ Consideramos que el argumento del PEN que se expresa en los considerandos del Decreto, por el que se promulga y veta parcialmente la ley, es erróneo por cuanto los individuos afectados por violaciones a los derechos humanos deben agotar los recursos internos en la jurisdicción del Estado extranjero que les ha causado los perjuicios, y no en la jurisdicción de cualquier otro Estado, como sería, en este caso la jurisdicción argentina. Recordemos que la Ley 24.488 regula la inmunidad de los Estados extranjeros cuando son demandados ante los tribunales argentinos, lo que presupone que el individuo está demandando en la Argentina al Estado extranjero que violó sus derechos humanos. No podría afirmarse, entonces, que la jurisdicción argentina sea la vía apta para que agote los recursos internos previstos en el art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tampoco parece acertada la afirmación del PEN respecto a que las violaciones a los derechos humanos constituyen, por lo general, actos de imperio.

comunicación es necesario que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

El Procurador General de la Nación, en su dictamen de estilo, luego de pasar revista de la evolución del principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados y de la jurisprudencia de la Corte, así como de los antecedentes parlamentarios de la ley, sostuvo que de acuerdo con la Ley 24.488, “*la inmunidad de jurisdicción sigue siendo el principio y su ausencia la excepción*”⁵⁹. En el caso en cuestión entendió que los hechos “*se produjeron en el marco de un conflicto armado, circunstancia que los excluye de ser aprehendidos dentro de los denominados actos iure gestionis y los asimila a los que no pueden ser juzgados por los tribunales argentinos sin el consentimiento del Estado extranjero (iure imperii)*”⁶⁰. En cuanto al veto del Poder Ejecutivo Nacional al art. 3º de la Ley 24.488, el Procurador entendió que “*implica, en el caso, reafirmar, con toda su plenitud, el art. 1º de la ley que [...] constituye el principio general en la materia*”⁶¹. Por lo tanto, a su criterio, debía confirmarse la sentencia cuestionada.

La Corte Suprema compartió los fundamentos y conclusiones del Procurador General y, en consecuencia, declaró formalmente admisible el recurso y confirmó la sentencia recurrida⁶².

9. OSN v. Embajada de la URSS -Representación Comercial de Rusia- s/ejecución (CSJN, 21 de mayo de 2001)⁶³

Se trata de un juicio de ejecución fiscal contra la Embajada de Rusia por cobro de la deuda de la tasa por servicio de agua potable y desagües a un inmueble de su propiedad. El Estado demandado opuso excepción de incompetencia fundada en la inmunidad de jurisdicción que, a su juicio, se hallaba consagrada de modo absoluto en la Ley 24.488 y en el principio de inmunidad de ejecución previsto por la práctica internacional y en la Convención de Viena de 1961 (subsidiariamente invocaba la prescripción de la deuda).

En primera y segunda instancia se rechazó la excepción de incompetencia. Se encuadró el caso en el art. 2º, inc. f de la Ley 24.488 (acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional). La demandada dedujo

⁵⁹ “Coronel, Oscar A. y otros v. Estado Nacional -Ministerio de Defensa- s/accidente en el ámbito militar y f. de seguridad”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 30 de noviembre de 1999, párr. VII.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. VIII.

⁶¹ *Ibid.*, párr. IX.

⁶² “Coronel, Oscar A. y otros v. Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ accidente en el ámbito militar y f. de seguridad”, CSJN, 9 de noviembre de 2000.

⁶³ CSJN, Fallos 324:1648.

recurso extraordinario para quien eventualmente se trataría de una sentencia de imposible ejecución en vistas de lo establecido por la Convención de 1961.

En cuanto al agravio concerniente a la inmunidad de jurisdicción, la Corte Suprema entendió que el caso encuadraba en el supuesto del art. 2º, inc. f de la Ley 24.488. Interpretó la expresión “acciones sobre bienes inmuebles” en sentido amplio, abarcando a las tasas en cuestión. Por lo tanto, desestimó el agravio.

En cuanto a la cuestión relativa a la inmunidad de ejecución, la Corte consideró que la sentencia impugnada mandaba llevar adelante la ejecución (que por razones históricas se denominaba “sentencia de remate”) en sí no comportaba actos precautorios —los que no habían sido solicitados ni dispuestos en el caso— ni actos coactivos sobre el patrimonio del deudor. Por lo tanto, al no existir un gravamen concreto y actual que comportara una violación a la Convención de Viena de 1961, este agravio devenía prematuro y meramente conjetural. Por ello se confirmó la sentencia apelada.

El Ministro Boggiano, en su voto en disidencia, consideró que si bien la actora aún no había emprendido actos precautorios o ejecutorios contra los bienes de la demandada, existía sin embargo un agravio concreto y actual, pues la adopción de esa clase de medidas era la consecuencia natural e inmediata que acarrearía la sentencia de remate. Reiteró la jurisprudencia del caso “Blasson”, en el sentido que frente al conflicto entre el derecho de la actora a percibir su crédito y el derecho a la inmunidad de ejecución de la demandada, debía darse preferencia a este último.

*10. Ceresole, Norberto v. República de Venezuela (CSJN, 25 de septiembre de 2001)*⁶⁴

El actor reclamaba ante la justicia argentina los daños y perjuicios causados por los actos ilícitos cometidos por agentes de inteligencia dependientes del Estado venezolano durante una visita a dicho país realizada por cuestiones profesionales. Adujo haber sido secuestrado, amenazado, maltratado y golpeado por tales agentes, siendo posteriormente deportado sin entregársele ciertos efectos personales de valor económico. En primera instancia se requirió la conformidad del Estado venezolano por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, la cual fue denegada, motivo por el cual, basado en la distinción efectuada en el caso “Manauta”, se resolvió aplicar la inmunidad de jurisdicción del Estado Venezolano, por entender que la indemnización solicitada tenía su origen en un acto de imperio, excluido de las excepciones establecidas en la Ley 24.488.

La Cámara confirmó esta sentencia. En el recurso extraordinario interpuesto el actor sostenía que el art. 118 de la Constitución Nacional era directa-

⁶⁴ CSJN, Fallos 324:2885.

mente operativo y que debía prevalecer sobre la Ley 24.488. También consideraba que su reclamo derivaba de los ilícitos cometidos por agentes venezolanos los cuales no podían ser considerados ni actos de imperio ni actos de gestión.

Finalmente la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada e hizo suyos los fundamentos del Procurador General de la Nación, en el sentido de que los actos de los agentes venezolanos acaecidos dentro del territorio de Venezuela no podían ser incluidos entre las excepciones que consagraba el art. 2º de la Ley 24.488, ya que el inc. e, se refería a la posibilidad de demandar ante los tribunales nacionales pero por daños y perjuicios derivados delitos y cuasi-delitos cometidos “en el territorio argentino”. Se hace alusión a que los actos “de imperio” estaban alcanzados por la inmunidad consagrada en el art. 1º de la mencionada Ley. Tampoco consideró aplicable el art. 118 de la Constitución Nacional por cuanto, en primer lugar, esta disposición se refería a los juicios criminales y no a casos como el presente donde se reclamaban daños y perjuicios; en segundo lugar, el art. 118 resultaba inaplicable ya que no se había sancionado la ley especial allí prevista que determinara el lugar en donde habría de seguirse el juicio.

*II. Galinger y otro v. Estado Nacional y otro (Comisión Técnica Mixta de Salto Grande) (CSJN, 15 de julio de 2003)*⁶⁵

Los actores eran ex empleados de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande e iniciaron un reclamo por diferencias salariales ante el Tribunal arbitral de dicha entidad, que rechazó la acción. Ello motivó la presentación de un pedido de revisión ante la Justicia Argentina. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande invocó la inmunidad de jurisdicción, la cual fue rechazada en primera instancia.

Ante la apelación efectuada, la Cámara revocó la sentencia del tribunal, haciendo lugar a la inmunidad de jurisdicción. En consecuencia, la parte demandante recurrió, invocando el art. 2º, inc. d, de la Ley 24.488.

La Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara. Consideró que los actores no habían demostrado que el sistema de solución de controversias de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande fuera ineficaz⁶⁶ y que al someterse a la jurisdicción arbitral sin ningún tipo de reserva, ello obstaba a que luego pudieran objetar dicho procedimiento. Reiteró la inaplicabilidad de la Ley 24.488 y aplicó la doctrina del caso “Fibraca”⁶⁷.

⁶⁵ Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/...>

⁶⁶ En el caso “Cabrera, Washington v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, CSJN, 5 de diciembre de 1983, se deba una situación de denegación de justicia por lo que la Corte Suprema decidió aceptar la competencia de los tribunales argentinos, en tanto todavía no habían sido constituidos los tribunales arbitrales que entenderían en las controversias vinculadas al ente binacional de Salto Grande; ver CSJN, Fallos 305:2150.

⁶⁷ “Fibraca Constructora v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, CSJN, 7 de julio de 1993, CSJN, Fallos 316:1669.

12. *Sestito, Romina Natalia v. Consulado de Italia s/daños y perjuicios*
(CSJN, 17 de febrero de 2004)⁶⁸

Se trataba de una demanda interpuesta contra el Consulado de Italia con el fin de obtener un resarcimiento basado en el art. 1071 del Código Civil, por su incumplimiento respecto de una beca.

La Corte Suprema determinó, remitiendo al Dictamen del Procurador General de la Nación, que la competencia originaria de la Corte, por ser de raigambre constitucional, se encontraba taxativamente limitada a los supuestos en los que fuera parte, ya sea como actor o demandado, un agente extranjero que gozara de status diplomático, según la Convención de Viena sobre Agentes Diplomáticos y la Convención sobre Agentes Consulares de 1963, y no podía ampliarse, restringirse, ni modificarse, máxime cuando la embajada del Estado extranjero había solicitado la inmunidad de jurisdicción prevista en el art. 1° de la Ley 24.488 y no se daba ninguna de las excepciones previstas en el art. 2° de dicha norma.

13. *Torres, Norma v. Embajada del Reino de Arabia Saudita* (CSJN,
14 de junio de 2005)⁶⁹

Se trataba de una demanda promovida contra la Embajada del Reino de Arabia Saudita por reclamos laborales derivados del despido sin causa, la cual fue notificada por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación. La Embajada había sido declarada rebelde y posteriormente condenada⁷⁰.

La demandada presentó varios recursos que le fueron rechazados tanto en primera como en segunda instancia⁷¹. Alegó denegación de justicia y vulneración de la garantía de defensa en juicio prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas respecto de los modos de notificación procesal a las representaciones extranjeras⁷². Según la embajada, recién había tomado conocimiento de las actuaciones cuando ya se encontraba firme la sentencia recaída en la causa y en que se hizo caso omiso de las notas dejadas en los libros del juzgado por los letrados de la requerida que acreditan que el expediente no se hallaba en el casillero respectivo. Entre otros cuestionamientos, rechaza que se le haya

⁶⁸ Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/...>

⁶⁹ Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/...>

⁷⁰ “Torres, Norma v. Embajada del Reino de Arabia Saudita”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 29 de marzo de 2004, párr. IV.

⁷¹ El juez de mérito desestimó el planteo, tanto en lo que se refiere a la nulidad y al recurso de apelación, por apreciarlo extemporáneo, considerando prematura la alegación de inmunidad ejecutoria respecto de la aplicación de las astreintes.

⁷² “Torres, Norma v. Embajada del Reino de Arabia Saudita”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 29 de marzo de 2004, párr. II.

notificado la sentencia por carta documento y “*que pretendan aplicársele astreintes, contraviniendo el principio de inmunidad ejecutoria reconocido en tratados internacionales ratificados por nuestro país*”⁷³.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sala I) declaró inadmisibile la presentación intentada y denegó el recurso extraordinario interpuesto en virtud de que involucraba aspectos de derecho procesal y común⁷⁴.

En el dictamen de la Procuración General de la Nación se sugiere desestimar el recurso federal. Se destaca que era inexacta la aseveración de la embajada según la cual recién habría tomado conocimiento de las actuaciones cuando se le hizo saber por carta documento del trámite de ejecución de la sentencia, puesto que había constancia de las notificaciones pertinentes a través de la Cancillería, además de comunicaciones cursadas a través de cédulas⁷⁵. En cuanto a la inmunidad de ejecución alegada por la Embajada en virtud de la aplicación de astreintes, el juez de grado consideró que la inmunidad “*no obsta a la imposición de sanciones de tenor conminatorio, en tanto no traduzcan el uso de la fuerza —o medidas análogas— sobre bienes alcanzados por la citada prerrogativa internacional, lo que no se ha verificado aquí*”. Se citan diversos fallos de la Corte Suprema en los cuales se consideró que el agravio era prematuro y se afirma que “*en línea con los antecedentes citados [...] no se ha dispuesto aquí acto cautelar o precautorio alguno, ni mucho menos de ejecución forzada sobre el patrimonio del deudor, por lo que considero que habrá de estarse a lo resuelto en las ocasiones aludidas anteriormente en orden al carácter prematuro o meramente conjetural del gravamen, máxime cuando, según ha señalado VE, las astreintes son esencialmente provisionales*”⁷⁶.

La mayoría de la Corte Suprema entendió que la cuestión planteada era ajena a dicha instancia extraordinaria, por lo que se desestimó la queja⁷⁷.

En su voto en disidencia, el ministro Boggiano consideró que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario —con sustento en la invocación de la gravedad institucional—, así como revocar la sentencia apelada y dejar sin efecto las astreintes. Sostuvo que no era posible soslayar “*que el principio de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros constituye un pilar básico del derecho internacional general y hace caso de Corte de trascendencia federal*”⁷⁸. Recordó que “*el art. 32.4 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece que ‘la renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no ha de entenderse que*

⁷³ *Ibid.*, párr. III.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. II.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. VI.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. VII.

⁷⁷ “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Torres, Norma v. Embajada del Reino de Arabia Saudita”, CSJN, 14 de junio de 2005, consid. 2 del voto de la mayoría.

⁷⁸ *Ibid.*, Voto en disidencia del ministro Boggiano, consid. 2.

entraña la renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesario una nueva renuncia”⁷⁹. En este caso no cabía interpretar que la Embajada hubiera renunciado a la inmunidad de ejecución. El ministro Boggiano recordó que “*no existe en nuestro país una norma de derecho interno que regule específicamente los conflictos concernientes a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros. La ley 24.488 sólo regula la inmunidad de jurisdicción sin que exista ningún atisbo en su articulado que permita aplicarla por analogía a la inmunidad de ejecución, que a todas luces no ha sido contemplada en aquella ley*”. Por lo tanto, “*no es posible extender sin más las soluciones de inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución, por lo cual lo relativo a ella deberá ser resuelto ‘según las normas y principios del derecho internacional que resulta incorporado ipso iure al derecho argentino federal’ a través de la jurisprudencia de esta Corte, como máximo intérprete de las normas en juego*”⁸⁰. Luego de citar varios fallos de la CSJN en los cuales se analizó la inmunidad de ejecución, Boggiano concluyó que en este caso “*la mera imposición de una sanción conminatoria, afecta la inmunidad de ejecución del Estado extranjero pues la consecuencia natural e inmediata de la adopción de esta clase de medidas acarrea ineludiblemente la ejecución. En efecto aún cuando la mera imposición de astreintes no tiene en sí misma fuerza ejecutoria constituye un acto coercitivo tendiente a vencer la renuencia del demandado en el cumplimiento de la sentencia. En este sentido, se impone concluir que si la inmunidad se extiende a la ejecución de toda sentencia incluye, obviamente, las medidas tendientes a obtenerla*”⁸¹.

14. *Silguero Agüero, Felicita v. Embajada de Portugal s/despido (CSJN, 28 de junio de 2005)*⁸²

La actora, de nacionalidad paraguaya, residente en la Argentina, quien desempeñaba tareas generales y de limpieza, demandó por despido a la Embajada de Portugal ante la Justicia Nacional del Trabajo⁸³. La demandada opuso excepción de incompetencia de los tribunales locales y, en subsidio, la incompetencia de los jueces nacionales ordinarios. Asimismo, contestó la demanda y dedujo defensa de pago en relación a varios de los rubros por los que se la demandaba⁸⁴.

En primera instancia se desestimó lo solicitado por la demandada sobre la base de lo resuelto en el caso “Manauta”. La demandada apeló y la Cámara

⁷⁹ *Ibid.*, consid. 6.

⁸⁰ *Ibid.*, consid. 9.

⁸¹ *Ibid.*, consid. 13.

⁸² Fuente: [http://www.csjn.gov.ar/...](http://www.csjn.gov.ar/)

⁸³ “Silguero Agüero, Felicita v. Embajada de Portugal s/despido”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 18 de mayo de 2004, párr. III.

⁸⁴ *Ibid.*

Nacional de Apelaciones del Trabajo (sala VI) confirmó la sentencia de primera instancia, arguyendo que en virtud del art. 2º, inc. d, de la Ley 24.488, “*los Estados extranjeros no se hallan habilitados para alegar inmunidad de jurisdicción cuando son demandados, entre otros ítems, por cuestiones de naturaleza laboral*”⁸⁵.

La Embajada de Portugal interpuso recurso extraordinario. En su defensa adujo que su accionar (despido de la actora) consistía en un acto de imperio, puesto que hacía “*a la preservación de la seguridad e intimidación de la misión y su titular, afectada por el accionar indebido de la accionante*” y concernía “*al normal desenvolvimiento de la representación diplomática, cuya inmunidad se vería gravemente afectada si tribunales de otro país pudieran juzgar la existencia de un compromiso para la seguridad y reserva del Estado acreditado*”⁸⁶.

La Procuración General de la Nación se expidió como lo hizo en el caso “Vallarino”⁸⁷, posición que fue compartida por la Corte. Además, la Corte Suprema rechazó la posición de la Embajada en cuanto a que una interpretación estricta del art. 24, inc. 1º, del Decreto-Ley 1285/58 conducía a la inaplicabilidad del art. 2º de la Ley 24.488. Luego de reiterar la posición asumida en el caso “Manauta” respecto de que el art. 24 del mencionado Decreto-Ley no se enmarcaba necesariamente en la teoría absoluta, aclaró que si bien la Ley 24.488 había recogido la tesis restringida de la inmunidad de jurisdicción, “*ello no implica que se haya derogado el régimen del Decreto-Ley 1285/58, art. 24, inc. 1º, sino que éste continúa vigente a efectos de regular la eficaz traba de la litis*”⁸⁸. Por estas razones, la Corte declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

15. *Louge A. Beltrán y otro v. Gobierno de Su Majestad Británica s/daños y perjuicios (CSJN, 6 de diciembre de 2005)*

Este caso dio origen a varias incidencias y recursos, apelados ante la Cámara y la Corte Suprema. Las actuaciones principales se originaron en virtud de una demanda por cobro de pesos y daños y perjuicios, debido a “*la frustración de un negocio de importación de una partida de papas semilla [...] con certificado de calidad emitido por el gobierno de Gran Bretaña, por haberse detectado diversas infecciones de tipo y grado intolerables por la legislación sanitaria argentina*”⁸⁹. Las demandadas fueron dos firmas exportadoras de

⁸⁵ *Ibid.*, párr. I.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. II.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. IV.

⁸⁸ “Silguero Agüero, Felicita v. Embajada de Portugal s/despido”, CSJN, 28 de junio de 2005, consid. 5º.

⁸⁹ “Louge A. Beltrán y otro v. Gobierno de Su Majestad Británica s/ daños y perjuicios”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 14 de diciembre de 2004, párr. II, disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2004/obarrío/dic/louge_a_beltran_1_824_1_xl.pdf.

origen británico (*Fieldfare Food Ltd.* y *The Forfar Potatoe Co. Ltd.*) —con las cuales la actora mantenía una relación contractual—, una entidad asesora —luego desistida del proceso— y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por la emisión del mencionado certificado⁹⁰.

En el proceso se discutió acerca de la notificación de la demanda al Reino Unido, que había sido efectuada mediante cédula, que el Estado recibió pero rechazó. El Estado no compareció por lo que en primera instancia se declaró su rebeldía. Posteriormente, el Reino Unido solicitó la nulidad de lo actuado, apelando ante la Cámara.

La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, por mayoría, entendió que la notificación al Reino Unido a través de una cédula constituía una diligencia que, “*aunque reglamentariamente válida, no es eficaz para obligar a quien procedió legítimamente rechazando la cédula, porque no cumple con la finalidad de la notificación, íntimamente vinculada con la garantía constitucional de defensa en juicio. La notificación tampoco satisfacía las exigencias formales del art. 24, inc. 1º, Dec.-Ley 1285/58, ni las del art. 38, Reglamento para la Justicia Nacional, en tanto disponen que las comunicaciones del tipo de la que aquí se trata, se deben efectuar por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores. Ello así, no puede considerarse que el Embajador Británico, y por lo tanto el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, fuera correctamente notificado de la demanda, habida cuenta de que su negativa, fundada en la expresa disposición legal del art. 156, inc. d, Acordada 9/90, Corte Suprema, y lo dispuesto en el art. 24, inc. 1º, Decreto-Ley 1285/58, tornó inoperante la diligencia, que careció del pretendido efecto jurídico del que se la quiso dotar*”⁹¹.

La sala agregó: “*Con la notificación de la rebeldía, el gobierno de Gran Bretaña tampoco tomó conocimiento legal de los términos de la demanda y la documentación adjunta, las que no se entregaron siquiera en esa oportunidad. La ley 24.488 establece que la presentación de la defensa de inmunidad no se debe interpretar como ‘...aceptación de la competencia...’, y que ‘... suspenderá el término procesal del traslado o citación hasta tanto ese planteamiento sea resuelto...’ [...]. En tales condiciones, el accionado ha podido impugnar la validez inicial del pleito por no encontrarse precluida, a su respecto la oportunidad para hacerlo, por cuanto el plazo del art. 170, Código Procesal no puede aplicarse cuando no ha habido notificación válida de la demanda y quien impugna el proceso opone, además, la defensa de inmunidad de jurisdicción de la Ley 24.488. En autos, sólo puede ser considerada fehacientemente conocida la existencia del proceso por el Estado extranjero cuando le fue co-*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ “*Louge A. Beltrán y otro v. Gobierno de Su Majestad Británica s/ daños y perjuicios*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 23 de octubre de 2001, voto del Dr. de las Carreras, al que adhirió la Dra. Mariani de Vidal, disponible en <http://ar.vlex.com/vid/recurso-civil-comercial-federal-n-21-23-35138967>.

*municada la necesidad de cumplir con la condena en su contra, y ello como culminación de un juicio que se sustanció irregularmente sin su intervención, en tanto, además, ni siquiera tuvo oportunidad de discutir la procedencia de la defensa de inmunidad*⁹². En consecuencia, la Cámara revocó la resolución apelada⁹³.

Contra esta decisión se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación parcial originó una queja (el recurso sólo fue concedido respecto del conflicto entre normas locales de procedimiento y los principios del derecho de gentes que rigen las relaciones diplomáticas internacionales). El Procurador Fiscal propuso desestimar lo solicitado, por no revestir de sentencia definitiva el pronunciamiento vinculado a la nulidad del procedimiento⁹⁴.

La Corte Suprema, por mayoría, consideró que el recurso extraordinario interpuesto era inadmisible y de acuerdo con lo dictaminado por el Procurador, lo desestimó⁹⁵.

Los ministros Fayt y Zaffaroni votaron en disidencia, por cuanto consideran que *“corresponde hacer excepción a la doctrina según la cual las resoluciones que decretan o deniegan nulidades procesales no constituyen sentencias definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48, si las consecuencias del pronunciamiento recurrido pueden conducir a un menoscabo efectivo de las garantías de la defensa en juicio y de propiedad”*⁹⁶. Respecto de la notificación al Estado extranjero, que se discute en este incidente, los magistrados afirman que *“la vigencia de la Ley 24.488 no derogó el Decreto-Ley 1285/58, art. 24, inc. 1º, que rige el procedimiento de notificación de demandas contra estados extranjeros del cual no cabe prescindir sin afectar garantías fundamentales reconocidas por el derecho argentino y el derecho internacional”*⁹⁷. Por lo tan-

⁹² *Ibid.*

⁹³ El Dr. Farrel, quien votó en disidencia, sostuvo lo siguiente: *“Propicio confirmar la resolución apelada con el convencimiento de que no existió indefensión de la demandada, pues de las constancias de la causa surge que, en un primer momento, y ante el conocimiento cierto de estas actuaciones y de la declaración de rebeldía, se abstuvo de presentarse ante el tribunal para deducir oportunamente los planteos pertinentes y, consecuentemente, defender la inmunidad de jurisdicción que alega, como lo prevé el art. 4º, segundo párrafo, ley 24.488, haciéndolo recién ante la comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, en forma extemporánea, alegando un ‘error secretarial’. [...] más allá de las irregularidades que invoca la apelante, el acto cumplió con su finalidad, esto es, que tomara conocimiento de la declaración de rebeldía, por lo que la nulidad de las actuaciones anteriores a ella no es procedente”*. *Ibid.*, Voto en disidencia del Dr. Farrell.

⁹⁴ “Louge A. Beltrán y otro v. Gobierno de Su Majestad Británica s/daños y perjuicios”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 14 de diciembre de 2004, párr. IV.

⁹⁵ “Louge A. Beltrán y otro v. Gobierno de Su Majestad Británica s/daños y perjuicios”, CSJN, 6 de diciembre de 2005.

⁹⁶ *Ibid.*, Disidencia de los ministros Dres. Carlos Fayt y Raúl Zaffaroni, consid. 2º.

⁹⁷ *Ibid.*, consid. 5.

to, correspondía declarar la nulidad manifiesta de la resolución que dispuso el traslado de la demanda, así como los actos dictados en su consecuencia⁹⁸.

*16. Manauta, Juan José v. Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios (CSJN, 11 de diciembre de 2007)*⁹⁹

En esta oportunidad, luego de la sentencia condenatoria dictada el 2 de diciembre de 1999 contra la Embajada rusa, producto de la habilitación de instancia que tuvo lugar mediante el fallo de la CSJN del 22 de diciembre de 1994, antes comentado, Manauta solicitó se diera curso a un embargo ejecutivo sobre un inmueble ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, en caso que su titularidad correspondiera a la Embajada de la Federación Rusa¹⁰⁰. El Tribunal de Primera Instancia rechazó el pedido y la Cámara lo confirmó.

La Cámara se basó en los arts. 22(3) y 32(4) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 que instituye la inviolabilidad de los locales de la misión, y en la Ley 24.488, la cual dispone que sus previsiones no afectarán ninguna inmunidad o privilegio conferido por la Convención mencionada. La Embajada de la Federación Rusa había manifestado que no renunciaba a la inmunidad de ejecución¹⁰¹.

Los actos se agravaron por cuanto *“la decisión de la alzada priva a su parte del derecho a ejecutar una condena firme —y obtener así una sentencia útil—, circunstancia que considera agravada por su calidad de trabajadores, respecto de quienes incumbe un propósito protector (art. 14 bis, CN) [...] viola, a su entender, garantías amparadas constitucionalmente (vgr. arts. 14, 14 bis, 18, 27 y 31, CN; y arts. 8 y 22, Declaración Universal de Derechos Humanos), al amparar que un Estado extranjero, so pretexto de la inmunidad de ejecución, soslaye el cumplimiento de una manda judicial”*¹⁰².

La Procuración General de la Nación opinó que las limitaciones contenidas en la mencionada Convención de Viena habían sido impuestas por la necesidad de garantizar el desempeño eficaz de las representaciones diplomáticas y de no poner en situación de riesgo la existencia misma del Estado en contra de quien se pronunció la sentencia condenatoria. Además, la CSJN en otros casos ya había expresado su parecer favorable al privilegio, incluso frente al derecho de un trabajador al cobro de su salario¹⁰³. Sin perjuicio de ello señaló que *“el requerimiento del pago de la condena, cumplido en la persona del representante legal del Estado extranjero, en nada vulnera las inmunidades y prer-*

⁹⁸ *Ibid.*, consid. 6.

⁹⁹ Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/...>

¹⁰⁰ “Manauta, Juan José v. Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 1 de febrero de 2007, párr. I.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, párr. II.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. III.

rogativas de aquél, y es, en cambio, conducente para la adecuada realización de justicia entre las partes, todo ello, mientras los trámites de ejecución sean compatibles con las normas y principios del derecho de gentes". Por lo tanto, se sugirió "el inicio de gestiones por la vía diplomática que pueda corresponder, a fin de lograr el acatamiento de la sentencia firme por la obligada, desde que la indemnización impuesta nace de la inexecución de obligaciones de la seguridad social (asignaciones familiares y aportes previsionales) a su cargo", puesto que "resultan evidentes las dificultades que los actores deberán afrontar para lograr su ejecución en el extranjero"¹⁰⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyos los fundamentos del dictamen de la Procuración General de la Nación, declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

Cabe destacar que aquí no estaba en juego la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero —lo cual es reconocido en el dictamen de la Procuración General— sino la de ejecución de un bien de su propiedad.

*17. Davidoff, Constantino v. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte s/daños y perjuicios (CSJN, 18 de diciembre de 2007)*¹⁰⁵

El demandante —en representación de Georgias del Sur SA— reclamó ante la Justicia Argentina por los daños causados por el Reino Unido, en relación con la confiscación de bienes en factorías balleneras abandonadas en las Islas Georgias del Sur, de los que era titular en virtud de un contrato celebrado con el Estado extranjero.

Davidoff había sido el adjudicatario de una licitación convocada por el Reino Unido para el desarmado de un grupo de aldeas en la isla mayor de las Georgias del Sur, que habían pertenecido a familias que —antes de la prohibición de la caza de ballenas— se dedicaban a transformar cetáceos en subproductos¹⁰⁶. Con el fin de proceder al desmantelamiento de las aldeas que había adquirido —y a la venta de la chatarra y los objetos de valor existentes en ellas—, el 19 de marzo de 1982, un buque de la Armada Argentina transportó a 39 obreros de la empresa del demandante hasta las Georgias. El Reino Unido ordenó el retiro de los operarios y envió un buque para llevarlo a cabo. Poco después se desató la guerra en el Atlántico Sur entre la Argentina y el Reino Unido —de acuerdo con el demandante, fueron estos los sucesos que dieron motivo al conflicto bélico por la recuperación de las Islas Malvinas—. Los empleados de Davidoff fueron tomados como "refugiados" de guerra¹⁰⁷ y Davidoff fue despojado de las propiedades que había adquirido, sin compensación.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Fuente: [http://www.csjn.gov.ar/...](http://www.csjn.gov.ar/)

¹⁰⁶ CECCHI, H., "El argentino que demandó a la Reina Isabel por 70 millones", *Diario Página 12*, 3/12/1999, <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-12/99-12-03/pag18.htm>.

¹⁰⁷ *Ibid.*

En primera instancia se rechazó la demanda. La Cámara confirmó la sentencia, por considerar que los daños que la actora denunciaba habían ocurrido “durante un conflicto bélico” y que ello era un supuesto claro de inmunidad soberana de los Estados, de acuerdo con la Ley 24.488. La Cámara recordó que, a partir del caso “Manauta”, se admitió “*la teoría de la exención condicionada, que luego fue recogida en la Ley 24.488*”. De acuerdo con el tribunal, los actos que provocaron los daños por los que se reclamaba eran actos de imperio “*toda vez que, a simple vista, se advierte que no pueden ser considerados iure gestionis porque para llevarlos a cabo, el Reino Unido tuvo que actuar con todo el peso de su poder soberano, desde que un acto bélico dispuesto por una Nación no puede ser concebido de otro modo, por más censurable que fuere. En tales condiciones, el conflicto armado constituye una relación entre Estados y la condena a resarcir los perjuicios que ocasiona sólo puede aplicarse por vía internacional, por medio de tribunales de igual carácter, como la experiencia lo demuestra, y no por la vía de la demandabilidad interna*”¹⁰⁸. En conclusión, la Cámara declaró la falta de jurisdicción de los tribunales argentinos.

Contra esta decisión, el actor interpuso recurso extraordinario. Davidoff se agravia por considerar que los hechos que originaron su reclamo fueron anteriores al conflicto armado, por lo que la Cámara parte de una premisa falsa. De acuerdo con el accionante, “*el hecho generador del daño se produjo en tiempo de paz y por ello no es acertada la invocación del precedente ‘Coronel’, porque en ese caso el hecho dañoso —hundimiento del crucero General Belgrano— tuvo lugar durante el conflicto, a diferencia del hecho comercial de su empresa en tiempo de paz; [...] en el caso no se presentan actos iure imperii sino iure gestionis, como intenta demostrarlo con apoyo en distintas posiciones doctrinarias*”¹⁰⁹.

La Procuradora Fiscal consideró que la sentencia apelada se ajustaba a derecho y debía ser confirmada “*máxime cuando el recurrente no discute la existencia de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, sino que cuestiona la calificación otorgada por la cámara a los hechos generadores del daño cuya reparación persigue en esta causa*”¹¹⁰. De acuerdo con su posición, “*en el caso de autos, el apelante afirma que los daños que dice haber sufrido comenzaron con la decisión de las autoridades británicas de exigir al personal de su expedición comercial el visado de sus pasaportes luego de que desembarcaron en las islas Georgias del Sur y antes de que empezaran las acciones bélicas —en tiempo de paz, sostiene— y, desde esta perspectiva, aquéllos no se produjeron durante el conflicto, como entendió la cámara. Sin embargo, considero que, más allá del momento en que sucedieron los hechos, lo relevante, a*

¹⁰⁸ “Davidoff, Constantino v. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte s/ daños y perjuicios”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 14 de diciembre de 2006, párr. I.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. II.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. IV.

*efectos de franquear la valla que significa el aludido principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, es poder calificar la conducta que se reprocha como acto iure gestionis*¹¹¹.

Además la Procuradora Fiscal sostuvo que “*aun cuando la tendencia actual es excluir de aquella regla a la actividad comercial de los Estados —como se advierte de la evolución de la jurisprudencia de VE ya reseñada y de la propia Ley 24.488—, los avances en la materia se detienen ante situaciones como la discutida en autos, pues no cabe suponer que los hechos que constituyen la causa de los daños que aquí se reclaman puedan ser incluidos en aquella categoría. Antes bien, se trata de actividades que trasuntan el ejercicio de imperium por parte del Estado y, por lo tanto, están comprendidas en el art. 1° de la Ley 24.488, de tal forma que verificar el examen de los actos de un estado soberano por los tribunales de otro y acaso declarar su invalidez mediante una sentencia contra la voluntad del primero llevaría sin duda a poner en peligro las relaciones entre los gobiernos y turbaría la paz de las naciones*”¹¹².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyos los fundamentos del mencionado dictamen, declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada¹¹³.

*18. Mealla, Ester Yolanda v. Embajada de Francia s/despido (CSJN, 4 de noviembre de 2008)*¹¹⁴

La actora promovió demanda contra la Embajada de la República de Francia reclamando indemnización por conceptos laborales vinculados a un despido. La demanda fue notificada por oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación¹¹⁵. Por la no comparecencia, la embajada fue declarada en rebeldía, siendo posteriormente condenada. En virtud de ello, la Embajada se presentó en las actuaciones y solicitó la nulidad de lo actuado. Ante el rechazo, la demandada apeló.

La sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la decisión de primera instancia, aduciendo la extemporaneidad del planteo de nulidad, ya que la Embajada no había planteado previamente la incompetencia del tribunal ni la inmunidad de jurisdicción¹¹⁶. La sala citó el art. 2°, inc. d, de la Ley 24.488 y los fallos “Manauta” y “Silguero”. Además, sostuvo que el art. 24, inc. 1°, del Decreto-Ley 1285/58 no era aplicable a reclamos que

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, párr. V.

¹¹³ “Davidoff, Constantino v. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte s/daños y perjuicios”, CSJN, 18 de diciembre de 2007.

¹¹⁴ Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/...>

¹¹⁵ “Mealla, Ester v. Embajada de Francia s/despido”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 15 de mayo de 2008, párr. IV.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. I.

involucraban actos de gestión de los Estados extranjeros y que estaba comprometido el principio de igualdad de trato puesto que se había otorgado a la demandada igual tratamiento que al Estado Nacional. Contra esta decisión, la Embajada de Francia apeló. Adujo arbitrariedad y desconocimiento de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Consulares y sobre el Derecho de los Tratados, esta última en cuanto a la primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno. La Embajada sostuvo que los actos que cuestionaba nunca le habían sido notificados. Además citó un escrito de la Cancillería, en su condición de *amicus curiae*, en virtud de lo establecido por el art. 7º de la Ley 24.488¹¹⁷.

De acuerdo con el Dictamen de la Procuración General de la Nación, el recurso extraordinario fue mal concedido. El planteo de la demandada se basaba en aspectos de naturaleza fáctica y procesal ya resueltos y que eran ajenos a la vía federal que planteaba. La Procuradora Fiscal afirmó que en esta causa no se discutía la inmunidad jurisdiccional de la demandada ni la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo¹¹⁸. Por otra parte, de las constancias de las actuaciones resultaba que la demandada había sido notificada de demanda y no había interpuesto recurso alguno dentro de los plazos legales —lo había hecho una vez que el plazo se encontraba vencido—¹¹⁹. Se reiteran los alcances del fallo dictado en el caso “Manauta”.

La Corte Suprema hizo suyos los fundamentos de la Procuradora Fiscal y desestimó el recurso extraordinario¹²⁰.

*19. Clementi, Edgar Omar y otro v. Embajada de la Federación Rusa y otros s/cumplimiento de contrato (CSJN, 4 de agosto de 2011)*¹²¹

Los demandantes —abogados— promovieron demanda contra la Embajada de la Federación Rusa y varios diplomáticos rusos¹²², con el fin de lograr el cumplimiento de un convenio de honorarios profesionales celebrado con re-

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. II.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. III.

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. V.

¹²⁰ “Mealla, Ester Yolanda v. Embajada de Francia s/despido”, CSJN, 4 de noviembre de 2008.

¹²¹ Fuente: <http://www.csjn.gov.ar/...>

¹²² Según aclara el Procurador General de la Nación: “*la a quo revocó los proveídos que tuvieron por ‘parte a quienes no son parte sustancial’, Sres. Korchagin y Shchetinin, sino que fueron citados como representantes o agentes del Estado extranjero, enderezando así el reclamo hacia la parte sustancialmente demandada, es decir, la Embajada de la Federación de Rusia*”; “*Clementi, Edgar Omar y otro v. Embajada de la Federación Rusa y otros s/cumplimiento de contrato*”, Dictamen de la Procuración General de la Nación, 16 de septiembre de 2010, párr. III, disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2010/beiro/9-septiembre/clementi_edgar_c_724_1_xlv.pdf.

lación a su desempeño en una causa penal, en la que estaba vinculado personal administrativo de la Embajada¹²³.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala I) confirmó la sentencia que admitió la jurisdicción de los tribunales argentinos sustentada en el art. 2º, inc. d, de la Ley 24.488, así como en la jurisprudencia de la CSJN (caso “Manauta”, entre otros), por considerar que la relación emergente del acuerdo obrante en las actuaciones debía ser calificada —por analogía— como laboral, “*pues trasunta la obligación de los actores de prestar a la Federación Rusa sus servicios profesionales en forma onerosa*”¹²⁴.

Contra dicha decisión la Embajada de la Federación de Rusia interpuso recurso extraordinario, el cual fue concedido por encontrarse en debate una disposición referida a la inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero, de naturaleza federal. La Embajada aduce que “*el fallo ignora derecho federal e incurre en arbitrariedad y gravedad institucional al contradecir convenias internacionales en materia de inmunidad de jurisdicción con base en una analogía no introducida por los litigantes (pronunciamiento extra petita)*”¹²⁵. También afirma “*que se invocó expresamente el privilegio; en que el reclamo no se encuentra entre las excepciones al art. 24 del Decreto-Ley 1285/58 establecidas en el art. 2º de la Ley 24.488 —de interpretación restringida—; en que la Embajada Rusa no renunció a la dispensa y en que no se encuentra acreditada la relación sustancial alegada por los letrados accionantes*”¹²⁶. La embajada extranjera cuestiona la analogía establecida entre un supuesto contrato de locación de servicios profesionales y un vínculo de empleo regido por las leyes laborales.

El Procurador General entiende que debe admitirse el recurso y confirmarse la sentencia apelada puesto que la demanda “*se apoya, finalmente, en un compromiso de pago concertado de buena fe, sin imperio soberano —relativo a servicios personales onerosos prestados en el país por residentes en él—, y para ser cumplimentado en el territorio argentino*”¹²⁷, lo que se encuadra, por analogía, en el art. 2º, inc. d, de la Ley 24.488, como sostuvo la Cámara. Además, no se había alegado que el compromiso asumido por la Embajada —que consistía en la entrega de un automóvil en reconocimiento por los servicios legales prestados— afectara ningún privilegio internacional que pesara sobre el rodado en cuestión ni que afectara el normal desempeño de la misión diplomática¹²⁸.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Ibíd.*, párr. I.

¹²⁵ *Ibíd.*, párr. II.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*, párr. V.

¹²⁸ *Ibíd.*

Por su parte, la CSJN compartió los fundamentos del dictamen antes mencionado, admitió el recurso y confirmó la sentencia apelada¹²⁹.

V. CONCLUSIONES

De la lectura y análisis de los casos jurisprudenciales seleccionados, podemos esbozar algunos comentarios a modo de conclusión.

En cuanto a la primera etapa evaluada, es decir los casos que se originaron con anterioridad a “Manauta”, si bien predomina la aplicación de la teoría absoluta en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, no es exacto afirmar, como lo hacen muchos artículos bibliográficos —e incluso la propia CSJN al citar fallos anteriores—, que todos ellos correspondan a casos de aplicación de la “inmunidad absoluta” de parte de la Corte Suprema. En efecto, en varios de esos asuntos (“Zubiaburre”; “Baima y Bessolino”) dicha Corte sólo se limitó a concluir que no correspondía la jurisdicción originaria del máximo tribunal argentino respecto de esa demanda en particular, por ejemplo por no estar entablada contra un embajador sino contra un gobierno extranjero (“Baima y Bessolino”), que no correspondía la jurisdicción federal por tratarse de un litigio entre un particular “extranjero” con un Estado también extranjero (“Romay”) o incluso que no se afectaba la soberanía del Estado extranjero por no tratarse de citaciones que tuvieran efectos vinculantes (“Fisco Nacional v. Monez Cazón”). Sin duda, el fallo más notorio es el pronunciado en noviembre de 1921, en los autos “Romay”, donde la Corte Suprema ya subrayaba la distinción entre actos de imperio y actos de gestión, dejando entrever que el Estado extranjero tenía capacidad para ser llevado a juicio frente a estos últimos —aunque, en definitiva, sin llegar a entender en el fondo de la cuestión—, postura que siete décadas más tarde asumiera con absoluta firmeza en el caso “Manauta”.

En cuanto a los casos en donde la Corte Suprema aplica plenamente la teoría clásica o absoluta de la inmunidad de jurisdicción, frente a la negativa del Estado de someterse a los tribunales argentinos, ellos versan sobre acciones cometidas por el comandante de un buque de guerra de bandera extranjera (“Compañía Arenera del Río Luján”), sobre incumplimientos de obligaciones laborales (“Townshend de Briochetto”; “Gómez, Samuel”; “López, Elsa”; “Amarfil Alborno”) o derivados de contratos de locación (“Maclean”). Esta doctrina judicial contrasta con la aplicada por algunos tribunales de segunda instancia de aquella época (“Suárez de Solares”; “Roldán”).

En esta primera etapa se despeja la duda acerca de cuál es la vía pertinente para que el Estado extranjero demandado manifieste su falta de conformidad en someterse ante los tribunales argentinos. Asimismo, se constata que la cons-

¹²⁹ “Clementi, Edgar Omar y otro v. Embajada de la Federación Rusa y otros s/cumplimiento de contrato”, CSJN, 4 de agosto de 2011.

titución de un domicilio especial en nuestro país en un contrato de locación implica la aceptación de la jurisdicción argentina por parte del Estado extranjero que actuó en calidad de locatario, no siendo necesario, por ende, requerir, una vez entablada la demanda en cuestión, su conformidad para estar en juicio ante los tribunales del foro (“Suárez de Solares”).

En el caso “Manauta”, la Corte Suprema reconoce que la redacción del art. 24, inc. 1º, del Decreto-Ley 1285/58 no conducía necesariamente a la adopción de la teoría absoluta de la inmunidad de jurisdicción, aunque tampoco introducía textualmente la distinción entre actos de imperio y de gestión. Apartándose de su jurisprudencia más reciente, en donde había resuelto aplicar la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros incluso en causas laborales, reinterpreta aquella disposición, es decir, el art. 24, a la luz de las circunstancias actuales, concluye que ya no es posible sostener la inmunidad absoluta como norma de Derecho Internacional General y privilegia el derecho humano a la jurisdicción de los trabajadores contratados en nuestro territorio.

A partir de la segunda etapa, la Corte aplica la doctrina judicial establecida en el caso “Manauta” en varios otros asuntos, así como las excepciones a la inmunidad de jurisdicción consagradas en el art. 2º de la Ley 24.488 aun en litigios planteados en demandas interpuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley en cuestión, por entender que se trata de normas “sobre habilitación de instancia”, las cuales son de aplicación inmediata (“Cereales Asunción”; “Saravia”).

La Corte Suprema tuvo ya varias oportunidades de aplicar el art. 2º inc. d de la Ley 24.488, frente a demandas laborales contra Estados extranjeros (“Saravia”; “Vallarino”; “Silguero Agüero”; “Clementi” —este último caso al asimilar un contrato de servicios profesionales a un contrato laboral—), así como de interpretar los términos “actividad comercial” (“Cereales Asunción”¹³⁰) y “acciones sobre bienes inmuebles” (“OSN”) contenidos en los incs. c y f, respectivamente, de la mencionada ley.

También tuvo ocasión de rechazar demandas en honor al principio de inmunidad de jurisdicción recogido en el art. 1º de la Ley 24.488 por tratarse el hecho generador del reclamo de un acto de imperio (“Coronel”, “Davidoff”) o por no estar presentes los requisitos para la aplicación la excepción prevista en el art. 2º, inc. e, respecto de la comisión de delitos o cuasi-delitos (“Ceresole”).

Creemos que el hecho de que la Ley 24.488 contenga un principio general al cual se le reconozcan varias excepciones no significa: 1) que el principio sentado en el art. 1º de la Ley sea aplicable a los Estados extranjeros *sólo* por actos de imperio —existen actos de gestión que no se encuentran encuadrados en ninguna de las excepciones de la ley, por los cuales el Estado extranjero podría alegar inmunidad de jurisdicción—; 2) que todas las excepciones previstas

¹³⁰ En este caso la Corte Suprema, a los efectos de encuadrar el acto como “actividad comercial”, en el sentido del art. 2º, inc. c de la Ley 24.488, hace hincapié en la “naturaleza comercial” más allá del fin público que dicho acto también pudiera tener.

en el art. 2º se originen únicamente en actos de gestión —algunas excepciones no calificarían como actos de gestión—.

Sin embargo, la posición de la Corte Suprema en el caso “Ceresole” genera bastante confusión al insinuar que ciertas situaciones que no encuadran en el art. 2º de la Ley pueden resultar ser “actos de imperio”, al haber tenido lugar en el territorio del Estado extranjero. Llama la atención que la Corte —haciendo suyos los fundamentos de la Procuración General— se refiriera a tales hechos como “actos de imperio”, sobre todo por tratarse de un reclamo por perjuicios derivados de presuntos delitos penales que se alegan fueron cometidos por agentes venezolanos en ejercicio de funciones públicas.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de confirmar la vigencia actual del Decreto-Ley 1285/58 —el cual no ha sido derogado por la Ley 24.488 (“Silguero Aguero”)— y de convalidar que las notificaciones a los Estados extranjeros deben efectuarse de conformidad con lo allí prescripto (“Coronel”). En consecuencia, si el Estado extranjero no comparece, resulta procedente la declaración en rebeldía y la continuación del proceso en su ausencia (“Mealla”). A lo largo del procedimiento, sea que participe el Estado extranjero, o que se presente para invocar la inmunidad de jurisdicción, se aplica el derecho procesal común —incluso a los efectos de computar los plazos para la presentación de recursos— (“Mealla”; “Louge A. Beltrán”).

En cuanto a la relación entre los principios de inmunidad “de jurisdicción” y de inmunidad “de ejecución” de los Estados extranjeros, la Corte Suprema dejó sentado, en la reciente jurisprudencia, que no cabe la aplicación por analogía a los casos de inmunidad de ejecución de las excepciones previstas por la Ley 24.488, concernientes sólo a la inmunidad de jurisdicción (“Blason”; “Bonacic-Kresic”; “García Jakab”). La Corte considera que la práctica internacional respecto de una y otra clase de inmunidad difiere acogiéndose a la inmunidad de ejecución de manera absoluta. Asimismo, puntualizó que la renuncia de una (inmunidad de jurisdicción) no implica la renuncia de la otra (inmunidad de ejecución). Incluso, frente al conflicto entre un reclamo laboral o de otra índole y la inmunidad de ejecución, nuestro máximo Tribunal de Justicia hace prevalecer el último principio. Según nuestra opinión, esta posición llevada al extremo podría conducir a la ineficacia del reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción relativa o restringida receptada en la Ley 24.488, así como su finalidad, ya que de nada serviría, por ejemplo, a un trabajador argentino, entablar y concluir con éxito una demanda laboral contra un Estado extranjero ante nuestros tribunales en virtud del art. 2º, inc. d, de aquella norma, si luego no pudiera hacer efectiva la indemnización ordenada en aquella sede judicial. No obstante estamos de acuerdo con la Corte Suprema en que no puede admitirse la ejecución de bienes de Estados extranjeros que son inembargables o inejecutables por su propia naturaleza o por convenios internacionales, como las cuentas o bienes pertenecientes a embajadas extranjeras (“Manauta” —fallo de 2007—; “Bonacic-Kresic”; “García Jakab”).

Sin duda la ausencia de una legislación general que fije excepciones y criterios para la ejecución de bienes de Estados extranjeros —a la par de lo estatuido en la Ley 24.488— constituye una notable laguna en nuestro sistema normativo.

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia relevada que, a diferencia de lo que ocurre con la inmunidad de jurisdicción, la inmunidad de ejecución sólo es considerada por la Corte Suprema cuando hay un riesgo concreto y actual de ejecución (“OSN”).

Por último, cabe destacar que la Corte Suprema de nuestro país ha rechazado la aplicación analógica de las excepciones contenidas en el art. 2º de la Ley 24.488 a las demandas contra organismos internacionales que gozaban de inmunidad de jurisdicción y que contaban con un mecanismo internacional de solución de controversias (“Duhalde”). La razón invocada por la Corte es que ambas inmunidades —la de los Estados extranjeros y la de las organizaciones internacionales— tienen distinto fundamento. La primera se basa en una norma consuetudinaria, mientras que la segunda tiene su origen en una norma convencional, por lo que —en este último caso— debe estarse a las reglas específicamente reconocidas por los Estados partes en tales convenios. La única excepción que visualiza la Corte (“Fibraca”; “Duhalde”; “Galinger”), en la cual se deje de lado la inmunidad de jurisdicción del organismo internacional en cuestión, es que se pruebe que el procedimiento de solución de controversias al que debe someterse la demanda no sea eficaz o se presente una situación de privación de justicia, como ocurría en el caso “Cabrera”, cuando todavía no se había habilitado una jurisdicción para la solución de controversias.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA, ASISTENCIA CONSULAR Y DERECHOS INDIVIDUALES

Por LILIAN DEL CASTILLO*

INTRODUCCIÓN

La protección diplomática forma parte del núcleo de normas consuetudinarias que integran el marco estructural del Derecho Internacional, específicamente en el ámbito general de la responsabilidad del Estado. De manera sintética, consiste en el derecho del Estado de reclamar en nombre de sus nacionales y en la obligación de reparar del Estado que ocasionó daños a los extranjeros o a sus bienes. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante, CDI), que abordó a partir de 1954 la codificación de la responsabilidad internacional, incluyó, en su primera aproximación al tema, tanto las normas primarias sobre trato a los extranjeros, cuyo desconocimiento sustenta el ejercicio de la protección diplomática, como las normas secundarias sobre responsabilidad del Estado¹. A partir de la segunda etapa de la codificación

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Doctora por la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho, Secretaria General de la Academia Argentina de Ciencias del Ambiente.

¹ El primer relator especial, García Amador, F.V. (Cuba), relata en su primer informe que la doctrina y la práctica tradicionales determinaron, según surge de los anteriores proyectos de codificación, de la jurisprudencia y de calificadas opiniones como la de los profesores Katz, Milton, Sohn, Louis B., Baxter, Richard y Fenwick, Charles G., que la responsabilidad internacional tenía su origen en una de las siguientes categorías de actos ilícitos: (a) actos que afectaban al Estado como tal, es decir sus intereses o derechos como entidad legal; y (b) actos que producían daño a la persona o la propiedad de sus nacionales. García Amador incluyó, en consecuencia, en ese primer informe la protección diplomática y el reconocimiento internacional de los derechos esenciales de las personas en el esquema de codificación de la responsabilidad internacional (Doc. A/CN.4/96, párrs. 40/46); en el segundo informe consideró la violación de los derechos humanos fundamentales y el incumplimiento de las obligaciones contractuales así como los actos de expropiación (Doc. A/CN.4/106); en el tercer informe desarrolló el agotamiento de los recursos locales para poder presentar un reclamo internacional (Doc. A/CN.4/111); en el cuarto informe incorporó la protección internacional de los derechos adquiridos, la expropiación en general y los derechos contractuales (Doc. A/CN.4/119); en el quinto informe desarrolló los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional (Doc. A/CN.4/125) y en el sexto informe elaboró las disposiciones sobre el deber de reparar, que constituía en

de la responsabilidad internacional², que se inicia en 1969³, la CDI modificó su enfoque y concentró su tarea en la codificación de las normas secundarias sobre responsabilidad del Estado ocasionada, según describe el art. 19 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado, por actos ilícitos y delitos internacionales (A/Res.56/83, 2001). La protección diplomática, vinculada específicamente a la protección de los nacionales, fue excluida de los trabajos de la Comisión, que sólo la retomó en 1996 (A/CN.4/L.537, 1997) y concluyó el Proyecto de Artículos en 2006.

Pero no es sólo la protección diplomática el único medio al que pueden recurrir los Estados para resguardar los derechos de sus nacionales en el exterior. Por vía de las relaciones consulares, una institución de consolidada y consuetudinaria práctica internacional que tiene como finalidad específica “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales” (art. 5º, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en adelante CVRC), pueden proporcionar asistencia jurídica a sus nacionales en el exterior, especialmente si se encuentran detenidos o procesados⁴. Este derecho del Estado que envía de proporcionar tal asistencia consular impone al Estado receptor la obligación no sólo de no interferir en su ejercicio sino de cooperar para que pueda llevarse a cabo sin interferencias (art. 36, CVRC). Una conducta contraria constituye un ilícito internacional puede dar lugar, y así se ha planteado en diversos casos que se analizarán más adelante, al ejercicio de la protección diplomática. Ambas instituciones, la protección diplomática y la asistencia consular, comparten como punto de contacto el vínculo de nacionalidad. En efecto, la relación jurídica entre una persona, física o jurídica, y un Estado se requiere para el ejercicio de ambas. El denominador común de la nacionalidad “pertenece a la jurisdicción interna del Estado”⁵ que determina su adquisición, mantenimiento y pérdida. Concentra sin limitaciones, en consecuencia, la discrecionalidad del derecho interno. Una paradoja permanente que, como Jano, continúa mirando simultáneamente en direcciones opuestas, buscando el equilibrio entre la relación ambivalente de gobernantes y goberna-

opinión del relator especial el contenido de la responsabilidad y comprende la reparación de los daños ocasionados a los extranjeros (Doc. A/CN.4/134 y Add.1). Los arts. 2.(1), (2), (4), 12, 13, 14, 16, 17, 18, 26 y 27 del Proyecto preparado por García Amador se encuentran incorporados, aunque con otra numeración, en el Proyecto de Artículos aprobado en 2001.

² “Responsabilidad del Estado”, documento de trabajo preparado por la secretaria, A/CN.4/165, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol II, A/CN.4/SER.A/1964/Add.1, ps. 125/132.

³ Se designó como siguiente relator especial a Roberto Ago (Italia), que presentó su primer informe en 1969 (A/CN.4/217).

⁴ VILARIÑO PINTOS, Eduardo, *Curso de Derecho Diplomático y Consulares*, 3ª. ed., Tecno, 2007, ps. 85/86; MARESCA, Adolfo, *Las Relaciones Consulares*, Madrid, Aguilar, 1984.

⁵ Corte Internacional de Justicia, caso “Nottebohm”, 1955, p. 20. En sentido contrario, Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OP 4/1984, modificaciones propuestas a las disposiciones sobre naturalización de la Constitución Política de Costa Rica, párrs. 35, 62,63.

dos, entre el Estado agresor y el Estado protector, que afronta al individuo en algunas circunstancias y le proporciona en otras protección para subsanar tales afrontas. Esta doble perspectiva, en efecto, se refleja en el proceso evolutivo de la tarea de codificación que realiza la CDI y en la jurisprudencia internacional reciente que, sin desconocer el ámbito de jurisdicción interna del Estado, reconocen emergentes y paralelos derechos de las personas.

El tema se abordará en cuatro partes. En la primera, se describirán los antecedentes de la protección diplomática, tomando, particularmente en cuenta, los puntos de vista sobre la institución en los países latinoamericanos, mientras que, en la segunda, se describirá el Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática aprobado en 2006 por la CDI, la más completa consolidación y sistematización del tema en la actualidad, junto con los antecedentes recogidos por los Relatores Especiales. Se analizarán luego, en la tercera parte, los aspectos vinculados a la asistencia diplomática y consular, una institución autónoma y diferente de la protección diplomática pero que comparte con ella una denominación similar que puede originar dudas, para concluir en la cuarta parte con la descripción de la sentencia concerniente al caso de “Ahmadou Sadio Diallo”, resuelto por la Corte Internacional de Justicia en noviembre de 2010, en el que se plantearon, como en los anteriores casos “Breard, Legrand” y “Avena”, tanto la protección diplomática como la asistencia consular.

I. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

a) *Condiciones para su ejercicio*

El carácter consuetudinario de la protección diplomática le otorga cierta imprecisión que la jurisprudencia debió resolver cada vez que decidió sobre las condiciones para su ejercicio, sus efectos y sus limitaciones, considerando que su esencia es la protección de personas que se encuentran en situación desventajosa y que enfrentan los intereses opuestos de dos gobiernos. Las obligaciones de los Estados sobre trato a los extranjeros son normas primarias cuya violación y la subsiguiente denegación de justicia han sido siempre motivo para la reacción del Estado de su nacionalidad, que le autoriza a poner en marcha el derecho de proteger a sus nacionales por vía del reclamo diplomático⁶.

Surge de inmediato, al producirse una situación de esta naturaleza, el interrogante sobre quién deberá evaluar el perjuicio, si todo perjuicio puede considerarse el detonante para su ejercicio, sin entrar a considerar el contenido de las normas sobre trato a los extranjeros, que son las que dan contenido a la calificación del perjuicio, y que fueron separadas de la codificación de la protección diplomática porque no hay consenso sobre su contenido en forma precisa. También surgen opciones con respecto a la nacionalidad, cómo y cuán-

⁶ DE VATTEL, Emmerich, *The Law of Nations*, Bk. II, ch. VII, p. 139, <http://www.lonang.com/exlibris/vattel/>.

do considerarla; las situaciones de pérdida de nacionalidad o de nacionalidad múltiple. Sin embargo, el derecho nos conduce, por la demanda de eficiencia y razonabilidad que debe proporcionar para resolver los conflictos humanos, a decantar normas generales de situaciones dispersas y disímiles. Estas normas estructurales proporcionan los elementos del derecho de los Estados a la protección diplomática y, por el momento, nada dicen sobre la obligación de ejercerla cuando se solicita. El Derecho Internacional, en efecto, reconoce a los Estados el derecho, pero no la obligación, de proteger por esta vía a sus nacionales en el extranjero. De allí surgen los elementos que caracterizan a la protección diplomática y que se describen a continuación⁷.

El ejercicio del derecho de protección diplomática procede cuando los perjuicios sufridos por los nacionales en otra jurisdicción han sido ocasionados por hechos que constituyen ilícitos internacionales y generan, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado de residencia. Los factores determinantes para el ejercicio de la protección diplomática, por lo tanto, requieren que se haya producido un daño a un nacional, persona física o de existencia ideal, en extraña jurisdicción, que ese daño no haya sido debidamente reparado por el Estado de residencia y que constituya un ilícito internacional.

La lesión directa a un nacional es la lesión indirecta al Estado. Esta relación entre la lesión a los nacionales en el exterior y la lesión que ese daño ocasiona al Estado de su nacionalidad es el fundamento jurídico del derecho de representar los intereses de los nacionales en el exterior y de reclamar por los daños que ellos hayan sufrido o que se hayan ocasionado a sus bienes. La nacionalidad es, en este aspecto, no sólo el vínculo entre las personas y su Estado nacional sino entre ellas y el Derecho Internacional.

b) Algunos aspectos de la protección diplomática en América Latina

La protección a los nacionales y a sus bienes se ejerce, como ya se mencionara, mediante la manifestación de interés a través de medios diplomáticos. En el siglo XXI, si el intercambio diplomático no tiene éxito se recurre a los medios de solución de controversias a disposición de los Estados. Sin embargo, hasta comienzos del siglo XX, podían continuar, si fracasaban, con la amenaza o el uso de la fuerza mediante la intervención armada. En efecto, el recurso a la fuerza era, hasta ese momento, un instrumento legítimo y hasta privilegiado de política exterior, cuando no había iniciado aún su camino hacia la proscripción internacional, primero a partir del Pacto Briand-Kellog de 1928 y luego, en 1945, al ser consagrado con alcance universal por el art. 2.4., de la Carta de las Naciones Unidas.

⁷ Comisión de Derecho Internacional, Informe Preliminar sobre Protección Diplomática del relator especial, M. Bennouna, donde analiza la naturaleza jurídica de la protección diplomática y de sus normas (A/CN.4/484, 1998).

A fines del siglo XIX, a raíz de algunos episodios de cobro compulsivo de servicios de deuda pública de países latinoamericanos, éstos buscaron medios legales para limitar el recurso de los acreedores a la protección diplomática y el subsiguiente uso de la fuerza al que se lo vinculaba. Los impedimentos legales que tuvieron ese objetivo se aplicaron en tres niveles diferentes, a saber, los tratados, la legislación interna y los contratos. En los *tratados* se plasmó incluyendo en tratados de amistad y comercio una disposición, llamada ‘cláusula de irresponsabilidad’, que establecía la obligación de los nacionales de un Estado residentes en el otro de no solicitar la protección diplomática en caso de surgir alguna controversia, aunque se reconocía como excepción la denegación de justicia cuando se hubiesen agotado sin resultados los recursos internos; en las *leyes*, estableciendo, especialmente para las personas jurídicas, la obligación de adquirir la nacionalidad del Estado receptor para poder ejercer sus actividades comerciales, lo que hacía desaparecer la posibilidad de solicitar la protección diplomática; y, en los *contratos*, mediante una cláusula, denominada ‘Cláusula Calvo’, que establecía que en caso de controversias entre las partes derivadas del contrato se acudiría únicamente a los tribunales del país de residencia, renunciando el nacional del país extranjero a solicitar la protección diplomática de su propio Estado. Los efectos jurídicos de la ‘Cláusula Calvo’ en contratos de concesión pública fueron examinados en alguna oportunidad por comisiones arbitrales, como la establecida entre Venezuela y Alemania en 1903, con disímiles resultados, ya que en algunas decisiones les reconocieron validez, en otros la consideraron nula y en otros le dieron validez parcial⁸. El origen de la ‘Cláusula Calvo’ fue la Doctrina Calvo, como se denomina a la opinión expresada por Carlos Calvo en su tratado, publicado en París en 1887, que sostiene que el cobro de deudas, sean públicas o privadas, no justifica la intervención armada de los gobiernos⁹.

El *Institut de Droit International* (IDI) aprobó en su sesión de 1900 una resolución recomendando a los Estados abstenerse de pactar las llamadas ‘cláusulas de irresponsabilidad’, que tenían el efecto negativo de impedir a los Estados cumplir con el deber de proteger a sus nacionales en el exterior y de proteger a los extranjeros que se hallasen en su territorio. La cláusula fue incorporada en algunos tratados concluidos entre estados latinoamericanos y estados europeos, en los que se estableció que sólo se podría recurrir a la

⁸ RUIZ MORENO, Isidoro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, 1934, p. 166; PODESTÁ COSTA, L.A. y RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, vol. 2, Buenos Aires, TEA, 1984, ps. 207/224; Comisión de Derecho Internacional, Informe Preliminar sobre Protección Diplomática, doc.cit. (A/CN.4/484, 1998) 3-9.

⁹ CALVO, Carlos, *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, t. I, 4^a éd., revue et complétée, Paris, Guillaumin, 1887, §205, ps. 350/351.

protección diplomática en caso de ‘denegación de justicia’ y siempre que se hubiesen agotado los recursos internos¹⁰.

Otra doctrina latinoamericana que rechazó el cobro compulsivo de deudas fue expresada por Luis María Drago, ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, en una nota dirigida el 29 de diciembre de 1902 al ministro argentino en Washington, Martín García Merou, motivada por los reclamos formulados a Venezuela por el cobro de deudas por varios países europeos, a fin de comunicar al gobierno de los Estados Unidos de América que, en opinión del gobierno argentino, ‘el cobro compulsivo de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo y esa ocupación está en pugna con los principios establecidos por los países americanos y en particular por la Doctrina Monroe. Quien presta sabe que contrata con una entidad soberana y es condición inherente a toda soberanía que no pueden seguirse procedimientos ejecutivos contra ella’, agregando que ‘el principio que quisiera ver reconocido es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea’¹¹. La respuesta de los Estados Unidos reiteró expresiones del Presidente Roosevelt manifestando que los Estados Unidos no garantizaban a ningún Estado contra la represión que pueda acarrearle su conducta, con tal que esa represión no asuma la forma de una adquisición de territorio por ninguna potencia no americana¹². El gobierno argentino siguió con interés la evolución de los acontecimientos en Venezuela, que evolucionó hacia una solución arbitral con los países acreedores. Al plantear Gran Bretaña, Alemania e Italia su prioridad para el cobro de las deudas el tema fue referido a la Corte Permanente de Arbitraje, que reconoció esa preferencia por haber realizado el bloqueo que había beneficiado a todos los acreedores, convalidando las medidas adoptadas¹³. La nota de Luis María Drago elaboró con relación a una situación de cobro compulsivo de deuda de un Estado americano lo que Carlos Calvo había enunciado en su obra en forma teórica, aunque inspirado en hechos previos. Ambos juristas y diplomáticos argentinos se complementaron

¹⁰ Además de lo aprobado en la reunión de 1900 (Neuchâtel) desaconsejando recurrir a la cláusula de irresponsabilidad, el *Institut de Droit International* trató nuevamente el tema en sus sesiones de 1956 (Granada), afirmando que no corresponde el ejercicio de la protección diplomática si no se han agotado los recursos internos y de 1965 (Varsovia), expresando que no es aceptable la protección de un individuo que al momento de la presentación no es nacional del Estado que la ejerce y refiriéndose a situaciones de doble nacionalidad.

¹¹ CONIL PAZ, Alberto A., *Historia de la Doctrina Drago*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Serie II, nro. 15, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, ps. 125/131.

¹² RUIZ MORENO, Isidoro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1934, ps. 166/176; PODESTÁ COSTA, L.A. - RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, cit., ps. 211/212.

¹³ Permanent Court of Arbitration, *Preferential Treatment of Claims of Blockading Powers against Venezuela*, “Germany, Great Britain and Italy v. Venezuela”, award of february 22, 2004.

para enunciar y aplicar un mismo principio, el rechazo del cobro compulsivo de deudas¹⁴.

En 1906, la III Conferencia Panamericana, que tuvo lugar en Río de Janeiro, incluyó el tema de acuerdo con la delegación de los Estados Unidos, representada por su ministro Elihu Root, sin tomar ninguna decisión y recomendando que se lo incluyese en la II Conferencia de la Paz a celebrarse en 1907 en La Haya. En la Conferencia de La Haya, el representante de los Estados Unidos sometió como propuesta si era admisible el empleo de la fuerza para el cobro de las ‘obligaciones contractuales’, en una fórmula general que no hacía, expresamente, referencia a las deudas públicas. Drago, por su parte, sostuvo que los empréstitos públicos no autorizaban el ejercicio de la protección diplomática porque eran títulos que circulaban en los mercados bursátiles, pero no se incluyó esa disposición y la resolución, que se aprobó como había sido propuesta, se convirtió en la II Convención de La Haya de 1907 sobre Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales. La Convención no rige si el Estado deudor se rehúsa a recurrir al arbitraje o a cumplir la sentencia arbitral y si bien incluye las deudas públicas al abarcar todas las deudas contractuales, sustrae al mismo tiempo a las jurisdicciones locales la aplicación o interpretación de los contratos entre el Estado y las personas extranjeras, ya que serán sometidas directamente al arbitraje. Asimismo otorga al árbitro la facultad de establecer la procedencia de la reclamación, el importe de la deuda y la época del pago¹⁵. La Argentina la firmó con la reserva de que en las obligaciones contractuales se recurrirá al arbitraje solamente en caso de denegación de justicia imputable a la jurisdicción local, una vez agotados los recursos internos, y que las deudas públicas con emisión de títulos no podrán determinar en ningún caso el empleo de la fuerza armada ni la ocupación territorial en los Estados americanos¹⁶.

En 1936, la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, que se realizó en Buenos Aires, aprobó la “Declaración de principios sobre solidaridad y cooperación americanas” que consignó que es un principio aceptado

¹⁴ DRAGO, Luis María, *La República Argentina y el caso de Venezuela*, Buenos Aires, Coni Hermanos, 1903; DRAGO, Luis María, *Cobro coercitivo de deudas públicas*, Buenos Aires, Coni Hermanos, 1906; DRAGO, Luis María - PÉREZ TRIANA, Santiago, *La doctrina Drago: Colección de Documentos*, Londres, Imprenta de Wertheimer, Lea y Cia., 1908.

¹⁵ En forma similar, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscripto en Washington el 18 de marzo de 1965 (en vigor desde el 14 de octubre de 1966, con 157 Estados signatarios y 147 Estados parte a julio de 2011) adopta este procedimiento y sustrae a las jurisdicciones locales las controversias entre inversores y Estados, privilegiando el arbitraje como medio de solución de controversias relativas a inversiones, especialmente a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

¹⁶ V. bibliografía citada nro. 11 *supra*.

por los países americanos el de la ilicitud del cobro compulsivo de las obligaciones pecuniarias¹⁷.

En 1962, el Comité Jurídico Interamericano preparó un proyecto sobre los “Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los países interamericanos”, y expresó, en apoyo de la validez de la Cláusula Calvo, que “El Estado queda exonerado de toda responsabilidad internacional si el extranjero ha renunciado contractualmente a la protección diplomática de su gobierno, o si la legislación interna sujeta al contratante extranjero a la jurisdicción local, o si se lo asimila al nacional para todos los efectos del contrato”. En 1965, el Comité incorporó en otro documento la opinión de los Estados Unidos acerca de “La Cláusula Calvo y el agotamiento de los recursos locales”, y señaló que “Cuando un extranjero contrata con un gobierno y se compromete a no recurrir a la protección diplomática o de cualquier otra índole, ejercida por su propio gobierno, ello no excluye la posibilidad de que este último apoye su reclamo basado en una violación del Derecho Internacional de parte de otro Gobierno. Según la jurisprudencia norteamericana en ningún caso la Cláusula Calvo adquirió vigencia jurídica en el sentido de que su existencia influyera en la decisión final de un caso que, en su ausencia, se habría decidido en sentido contrario. Es sabido que la Cláusula Calvo generalmente dispone que el extranjero debe atenerse a los recursos locales para solucionar toda diferencia que surja del contrato, impidiéndole invocar la protección diplomática de su Gobierno”.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada en 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁸, afirma que las controversias por indemnización de bienes que tengan su origen en actos de nacionalización deberán ser dirimidas por los tribunales del Estado que la decidió, a menos que otra solución sea acordada por las Partes.

La Cláusula Calvo y el principio de la doctrina Calvo, formuladas como renuncia a la protección diplomática y equiparación de los extranjeros con los nacionales para la solución de controversias, exigiendo que se solucionen recurriendo sólo a los tribunales locales, no ha desaparecido de la práctica contractual para inversiones extranjeras, especialmente en los países latinoamericanos. Colisionan notoriamente en las controversias que se plantean en el marco de los tratados bilaterales de inversión (*Bilateral Investment Treaties* o BITs) y que llevan a soluciones jurisdiccionales a través de diferentes mecanismos, entre ellos el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁹.

¹⁷ Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, que se realizó en Buenos Aires en diciembre de 1936, convocada por iniciativa del presidente Roosevelt, quien concurrió a sus deliberaciones.

¹⁸ A/Res/3281(1974).

¹⁹ Ver nro. 11 *supra*.

c) *La labor de codificación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) 1995-2006*

En 1995, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), con el propósito de complementar la codificación sobre Responsabilidad del Estado, propuso incorporar a su agenda, sujeto a la aprobación de la Asamblea General, el tema de la Protección Diplomática. La tarea a realizar se concentraría en el contenido y alcance de la regla del agotamiento de los recursos internos, en la regla de la nacionalidad de los reclamos, tanto con respecto a las personas naturales como a las jurídicas, incluida su relación con la protección 'funcional', y en la situación en cuanto a la protección diplomática de las personas sin nacionalidad o con doble nacionalidad. El marco conceptual, aprobado por la Asamblea General (A/Res 51/45, 1995) incluyó los aspectos siguientes: (a) Bases de, y fundamentos para, la protección diplomática; (b) Personas que puedan solicitar la protección diplomática; (c) Protección de ciertas formas de propiedad estatal, y sólo incidentalmente individuos; (d) Precondiciones para la protección; (e) Mecanismos para la protección diplomática en ausencia de relaciones diplomáticas; (f) Requisitos formales de una solicitud de protección; y (g) Carácter definitivo del arreglo realizado.

El Grupo de Trabajo establecido en 1996 (A/Res 51/160) para organizar la tarea consideró que el tema debía limitarse a la protección diplomática *strictu sensu*, es decir, al reclamo formal realizado por un Estado por daño indirecto causado a sus nacionales, personas naturales o jurídicas, que no hubiesen sido debidamente reparados o compensados a través de los recursos locales y excluyó, por lo tanto, el daño directo causado al Estado ó a sus bienes así como la asistencia diplomática y consular. El Grupo de Trabajo recomendó, asimismo, restringir la labor de la Comisión a la codificación de las normas secundarias, reconociendo el acto internacionalmente ilícito del Estado de residencia como condición para el ejercicio de la protección diplomática, pero desentendiéndose de su contenido. El proyecto se dividió, en consecuencia, en cuatro áreas, a saber: (a) Bases para la protección diplomática; (b) Partes en la protección diplomática; (c) Condiciones para su ejercicio, y (d) Consecuencias de la protección diplomática (Doc. A/CN.4/L.537, 1997). La Comisión, siguiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo, acordó que la base del trabajo sería el *enfoque consuetudinario* del tema, que se abordarían únicamente las *normas secundarias* relativas a la protección diplomática y sólo se considerarían las normas primarias cuando su clarificación fuese esencial para la formulación de una norma secundaria específica, y que el ejercicio de la protección diplomática es *un derecho del Estado*, si bien en el ejercicio de ese derecho el Estado debería tomar en consideración los derechos e intereses de los nacionales para quienes la protección diplomática se ejerce. En este último aspecto la labor de codificación debería tomar en cuenta el *creciente reconocimiento y protección de los derechos de los individuos*, que les proporciona más accesos directos e indirectos a los foros internacionales para ejercer sus derechos, y considerar

que si bien el ejercicio de la protección diplomática es un derecho discrecional del Estado, ello no le impide *comprometerse* ante sus compatriotas al ejercicio de ese derecho. El enfoque del Grupo de Trabajo no fue, sin embargo, seguido fielmente por los relatores especiales designados por la CDI. El primer relator especial, Mohammed Bennouna, (A/Res 52/156,1997 y A/Res 53/102,1998), se preguntó en su primer Informe si son los derechos del Estado o los derechos individuales, es decir, los derechos de que gozan las personas en el territorio de un tercer Estado, los que forman en la actualidad parte de la protección diplomática. El desconocimiento de tales derechos con respecto al Estado del que esas personas son nacionales configura la violación del derecho propio del Estado, de su derecho a hacer respetar el Derecho Internacional en la persona de sus nacionales. El Estado, al tomar a cargo el reclamo produce un hecho nuevo y al mismo tiempo una internacionalización de la disputa. Pero la sustitución se detiene, como dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la “Fábrica de Chorzow”, cuando el daño producido al individuo, que se convierte en la referencia, se transforma en el daño producido al Estado.

En 1999, por renuncia del relator Sr. Bennouna, al ser electo en 1998 como juez del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la CDI designó como relator especial al Sr. Christopher John R. Dugard. El enfoque del relator Dugard fue algo diferente, y sostuvo que la protección diplomática es un procedimiento a aplicar en ciertas situaciones de violación de derechos humanos que coinciden con situaciones que, de acuerdo al Derecho Internacional clásico, desencadenan la protección diplomática. Sostuvo que el Derecho Internacional de los derechos humanos introduce la posibilidad de que el Estado intervenga para hacer respetar esos derechos del individuo. Si bien el Sr. Dugard recibió el mandato de codificar las normas consuetudinarias de protección diplomática, expresó como concepto general que “la protección diplomática es una elección para hacer respetar los derechos humanos”. Coherente con este enfoque, que elaboró en siete informes sucesivos entre 2000 y 2006, recogió en el art. 16 del Proyecto de Artículos la posibilidad de los Estados de proteger a nacionales y no nacionales a través de diversos mecanismos interestatales y, en el art. 19, sobre “Práctica recomendada”, propuso que los Estados evalúen el interés del nacional damnificado²⁰.

A continuación se incluye una reseña de los artículos adoptados en 2006 por la CDI, en segunda lectura, y de sus comentarios, ya que reflejan el estado actual de la institución de la protección diplomática²¹. Como se verá, algunas de sus disposiciones permiten deducir que hay un proceso de cambio que tiende a modificar el papel totalmente pasivo del nacional damnificado, y propone reformular el contenido de la protección diplomática para que sea no sólo un

²⁰ KOOIJMANS, P. H., “Is the right to diplomatic protection a human right?”, en *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2004) 1975.

²¹ Resolución de la Asamblea General A/Res 62/67 del 6 de diciembre de 2007.

derecho del Estado, como lo reconoce el Derecho Internacional, sino también un derecho de las personas que les permita requerir ese amparo a su Estado nacional. Este derecho a la protección diplomática reduciría, de manera sustancial, no el derecho del Estado, sino la discrecionalidad de su ejercicio. Si bien son propuestas incipientes, el relator especial dejó sembrado el germen de la transformación.

II. EL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

a) Disposiciones generales. Artículos 1 - 2

De acuerdo con el contenido determinado por la CDI, el proyecto sólo recoge normas secundarias, excluyendo las normas primarias sobre el contenido de las conductas que hacen posible ejercer la protección diplomática. La finalidad de la protección diplomática que puede ejercer un gobierno, ya sea en forma directa o por medio de mecanismos de solución pacífica, tiene por objeto: (a) reclamar ante otro Gobierno por los daños causados a sus nacionales, o en casos determinados también a otras personas; (b) que no han cesado o si han cesado no han sido debidamente reparados, y (c) que constituyen violaciones de normas de Derecho Internacional, (d) a fin de obtener la reparación consiguiente. El resultado buscado es prevenir violaciones al Derecho Internacional con respecto a las personas, hacer cesar la violación de la norma internacional si no se ha interrumpido, y obtener una reparación. Implica poner en acción una intervención de carácter diplomático, en el sentido de no recurrir a una solución jurisdiccional, con la finalidad de llegar a una solución que retrotraiga la situación o proporcione una reparación. El contenido y alcance del acuerdo que resuelva el reclamo es también ajeno al contenido de la protección diplomática.

Elemento necesario del reclamo es que la situación se origine en un hecho internacionalmente ilícito. Al respecto, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, que también confina su tarea a las normas secundarias de la responsabilidad, prevé el ejercicio de la protección diplomática expresando en el capítulo dedicado al contenido de la responsabilidad internacional del estado, que “La presente parte se entiende *sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado*” (art. 33.2). Asimismo, al tratar sobre la Invocación de la Responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado admite que “todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado” si la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del cual forma parte el Estado que la invoca y si “la obligación violada *existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto*” (art. 48.1(a),(b)). En suma, la primera disposición del Proyecto de Artículos dispone que,

Art. 1. Definición y alcance

A los efectos del presente proyecto de artículos, la protección diplomática consiste en la invocación *por un Estado*, mediante la *acción diplomática* o por *otros medios* de solución pacífica, de la *responsabilidad de otro Estado* por el perjuicio causado por un *hecho internacionalmente ilícito* de ese Estado a *una persona natural o jurídica* que es un *nacional* del primer Estado con miras a *hacer efectiva esa responsabilidad*.

El Proyecto define la naturaleza de la protección diplomática, y el titular del derecho subyacente, reconociendo al Estado como el sujeto plenamente competente para la protección de sus nacionales, corolario y complemento de su derecho a regular la nacionalidad. Tal derecho fue reconocido como norma consuetudinaria por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las “Concesiones Mavrommatis”²², en la decisión sobre los “Empréstitos Serbios”²³, y en el caso de la “Fábrica de Chorzow” (Merits)²⁴ y por la Corte Internacional de Justicia en su decisión sobre la “Barcelona Traction”, en la que expresó que, dentro de los límites del Derecho Internacional. el Estado puede ejercer la protección diplomática por cualquier medio y con el alcance que considere adecuado, agregando que si el particular afectado no lo considera apropiado, no existe ningún recurso en el Derecho Internacional al

²² *It is true that the dispute was at first between a private person and a State — i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. Henceforward therefore it is a dispute which may or may not fall under the jurisdiction of the PCIJ. ... It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they had been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is reality asserting its own rights— its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant (Series A/2:12).*

²³ *A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons. In this connection, reference should be made to what the Court has said on several occasions, and in particular in Judgments Nos. 2 and 13, namely, that by taking up a case on behalf of its nationals before an international tribunal, a State is asserting its own right -that is to say, its right to ensure in the person of its subjects, respect for the rules of international law. Accordingly, in all cases with which the Court has so far had to deal and in which private interests have been involved, the State's claim has been based upon an alleged breach of an international agreement.*

²⁴ *But damage and compensation being interdependent conceptions, the German claim assumed another aspect if it was no longer a question of compensating the Companies, but of compensating the State for the injury suffered by it... It follows from the conditions in which the Court has been seized of the present suit, and from the considerations which led the Court to reserve it by Judgment Nro. 8 for decision on the merits, that the object of the German application can only be to obtain reparation due for a wrong suffered by Germany in her capacity as a contracting Party to the Geneva Convention.*

que pueda recurrir²⁵. Al tratar la protección diplomática en casos posteriores, hasta el caso “Diallo” decidido en noviembre de 2010, la Corte mantuvo el enfoque clásico con respecto a las condiciones para poner en juego la protección diplomática, aunque introdujo una mayor flexibilidad con respecto a la disponibilidad de los recursos locales y el requisito de recurrir a ellos en cualquier circunstancia.

Por otra parte, la ampliación de los sujetos internacionales hizo posible que las organizaciones internacionales adquiriesen también la posibilidad de ejercer la protección de los funcionarios internacionales, tomando como fundamento jurídico la protección funcional (Opinión consultiva sobre daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 1949²⁶), aunque este aspecto particular de la protección de quienes detentan el carácter de funcionarios internacionales fue excluida del Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática. En efecto, sus fundamentos ya no se relacionan con la nacionalidad, y las condiciones de su ejercicio también difieren. La protección diplomática que las organizaciones internacionales pueden ejercer con respecto a sus funcionarios tiene un objetivo compatible, aunque no acumulable, con la protección diplomática de los nacionales.

Una nueva perspectiva es la que ofrece la *ciudadanía de la Unión* que estableció la Unión Europea, que otorga la protección diplomática y consular comunitaria en forma subsidiaria a la que le corresponde al Estado de la nacionalidad. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada el 7 de diciembre de 2000, así lo reconoce²⁷. Pueden prestar esta protección las autoridades de un país de la Unión Europea que no sea el de la nacionalidad del reclamante cuando su país de nacionalidad no tiene representantes diplomáticos y consulares en el país extranjero. Esta protección diplomática y consular, sin embargo, no es la protección diplomática que codifica el

²⁵ *Within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is to resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress.* “The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 5 de febrero de 1970, parra. 78.

²⁶ Opinión consultiva sobre Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas, del 11/4/1949, en la cual la Corte Internacional de Justicia expresa que “*The ordinary practice whereby a State does not exercise protection on behalf of one of its nationals against a State which regards him as its own national, does not constitute a precedent which is relevant here*”, Reports, 186.

²⁷ Art. 46. Protección diplomática y consular. Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2000) (<http://eur-lex.europa.eu>).

Proyecto de Artículos, sino la *asistencia diplomática y consular*²⁸. El Proyecto de Artículos codifica el derecho a ejercer la protección diplomática, con el enfoque específico que deriva de la relación entre el Estado y sus nacionales, de la manera siguiente,

Art. 2. Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene *derecho* a ejercer la *protección diplomática* de conformidad con el presente proyecto de artículos.

b) *Nacionalidad. Artículos 3 - 13*

i) Principios generales. Artículos 3 - 4

La nacionalidad es el vínculo principal entre los individuos y el Derecho Internacional, afirmaba Oppenheim, agregando que, si bien los extranjeros están sujetos a la supremacía territorial del Estado en el que se encuentran, permanecen igualmente bajo la protección de su Estado nacional²⁹. Recogiendo esta situación la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 establece que “Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en: ... (b) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional”. Surge claramente de esta disposición el derecho del Estado de proteger los intereses de sus nacionales en el exterior, y la simultánea obligación correlativa del Estado de residencia de tratarlo de acuerdo con las normas reconocidas por el Derecho Internacional. La condición determi-

²⁸ Art. 9. La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. *Tratado de la Unión Europea* (TUE), Versión Consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea, C83/47, 30.3.2010; Art. 20 (antiguo art. 17, TCE) 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: ...c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; Art. 23 (antiguo art. 20, TCE) Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección. El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), Versión Consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea, C 83/47, 30.3.2010.

²⁹ OPPENHEIM, 9ª ed. a cargo de JENNINGS, R. Y. & WATTS, A., *International Law*, t. 1, 1992, p. 857.

nante de la nacionalidad para poder solicitar y ejercitar este derecho es la regla general expuesta en el art. 3.1 del Proyecto de Artículos, aunque se admite la posibilidad de ejercerla de manera excepcional para los no nacionales en el apartado siguiente.

Rasgo distintivo del derecho de protección diplomática es que su ejercicio, según lo describe la norma consuetudinaria, no es una obligación para el Estado, que adoptará la decisión de impulsar o declinar la defensa de los intereses de sus nacionales en el extranjero de acuerdo a las circunstancias. No sólo no es una obligación del Estado ejercer la protección diplomática, sino que puede obligarse por un tratado a no ejercerla, como lo establece la Convención de Washington de 1965³⁰. La idiosincracia propia de la protección diplomática que le otorga a su ejercicio un carácter exclusivamente unilateral es coherente con la necesidad de los Estados de mantener la capacidad de decisión en la densa trama de las relaciones internacionales, una trama en la que la protección de los intereses y los derechos de las personas toma cada vez mayor relevancia.

Por otra parte, el incumplimiento por un Estado de su obligación de tratar a los extranjeros de acuerdo con el *mínimo standard* reconocido por la comunidad internacional producirá la responsabilidad del Estado por tal incumplimiento. El segundo párrafo de esta disposición se refiere especialmente, aunque no se agota en ella, a la situación de las personas sin nacionalidad (apátridas) o refugiados. También puede acordarse de que otro Estado realice la protección de sus nacionales, en el caso de ruptura de relaciones diplomáticas o de falta de representación diplomática, y también puede ejercerla cualquier Estado en situaciones de fuerza mayor o de necesidad, según lo reconoce la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la “Barcelona Traction” al reconocer que existen “obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto”. La disposición establece que,

Art. 3. Protección por el Estado de la nacionalidad

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es *el Estado de la nacionalidad*.

2. No obstante lo dispuesto en el párr. 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona *que no sea nacional* del mismo de conformidad con el proyecto de art. 8°.

³⁰ Art. 27. (1) Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia, Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington, 1965.

ii) Capítulo II. Personas naturales

Otorgar la nacionalidad es una prerrogativa del Estado, y así lo reconocen el derecho y la jurisprudencia internacionales. El derecho a gozar de una nacionalidad es, asimismo, un derecho humano. Así lo consagra la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948 por las Naciones Unidas, al afirmar que “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. La regulación internacional sobre ciertos aspectos de la nacionalidad tiene como propósito evitar los conflictos que se pueden suscitar por la conjunción de diferentes sistemas nacionales, por lo que se han adoptado convenciones para la limitación de la apatridia (Convención de Naciones Unidas para Reducir los Casos de Apatridia, adoptada el 30 de agosto de 1961 en cumplimiento de la resolución A/Res/896 (IX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde el 13 de diciembre de 1975), sobre los efectos en la nacionalidad de quienes se convierten en refugiados (Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951, según resolución de la Asamblea General A/Res/429 (V), en vigor desde el 22 de abril de 1954, art. 1º), o previendo la superposición de nacionalidades (Convención de La Haya sobre Ciertas cuestiones relativas a las leyes sobre conflictos de nacionalidad, de 1930, art. 1º y Convención Europea sobre Nacionalidad, de 1997, art. 3º) o sobre nacionalidad de la mujer casada (Convención Interamericana sobre Nacionalidad de la Mujer, adoptada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, en vigor desde el 29 de agosto de 1934), entre otras. El Derecho Internacional procura, a través de estos diversos acuerdos, que todas las personas tengan una nacionalidad, y preferiblemente sólo una. Así lo interpretó la jurisprudencia internacional en diversas decisiones, entre ellas, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de los “Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos” (Serie B/24, 1923) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OP 4/1984, sobre “Modificaciones propuestas a las disposiciones sobre naturalización de la Constitución Política de Costa Rica”, en la que expresó que el Derecho Internacional impone límites, basados en los derechos humanos, a la discrecionalidad del Estado con respecto a la nacionalidad (párrs. 35, 62-63). El Proyecto de Artículos recoge esta práctica de la manera siguiente,

Art. 4. Estado de la nacionalidad de una persona natural

A los efectos de la protección diplomática de una persona natural, se entiende por Estado de la nacionalidad un Estado cuya nacionalidad ha adquirido dicha persona, de conformidad con la legislación de ese Estado, en razón del *lugar de nacimiento*, la *filiación*, la *naturalización*, la *sucesión de Estados* o de *cualquier otro modo* que no esté en contradicción con el Derecho Internacional.

Al tratar la continuidad de la nacionalidad el Proyecto de Artículos se define por un criterio amplio al establecer que la nacionalidad debe ser continua desde que se sufrió el perjuicio (*dies a quo*) hasta que se inicia el reclamo

(*dies ad quem*), pero no hasta que éste se resuelve (caso “Loewen Group Inc. v. USA”)³¹. Contempla asimismo aquéllas situaciones que producen cambios involuntarios de nacionalidad, como la sucesión de Estados, la adopción o el matrimonio, permitiendo el ejercicio de la protección diplomática aunque la persona no haya tenido la nacionalidad del Estado reclamante al momento de sufrir el perjuicio (párr. 2), excepto cuando el reclamo se dirija al Estado del que era anteriormente nacional (párr. 3), o si adquiere la nacionalidad del país al cual se dirigió el reclamo, ya que sería un reclamo de su propio nacional si continúa el procedimiento. La regla está descrita de la siguiente manera,

Art. 5. Continuidad de la nacionalidad de una persona natural

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que haya sido *nacional suyo de modo continuo* desde la fecha en que se *produjo* el perjuicio hasta la fecha de la *presentación oficial* de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que *no lo era en la fecha en la que se produjo el perjuicio*, siempre que esa persona haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el Derecho Internacional.

3. El actual Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un anterior Estado de la nacionalidad de ésta, en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del anterior Estado de la nacionalidad y no del actual Estado de la nacionalidad.

4. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que adquiriera la nacionalidad del Estado contra el cual se haya presentado la reclamación después de la fecha de la presentación oficial de ésta.

Por otra parte, el Proyecto de Artículos deja de lado la valoración de un vínculo efectivo o genuino entre el nacional y el Estado de la nacionalidad. Así lo reconoce al admitir la protección por cualquiera de los Estados nacionales en el caso de personas con doble o múltiple nacionalidad, dejando de lado la doctrina del “vínculo genuino” que adoptó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso “Nottebohm”, adhiriendo a lo resuelto en decisiones arbitrales (“Dallal v. Iran”, Iran-US C.T.R., 3(1983)23)³² y en trabajos doctrinarios, como la resolución de 1965 (Varsovia) del Instituto de Derecho Internacional (IDI). El art. 6º del Proyecto lo expresa de la siguiente manera,

³¹ “The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America”, ICSID Case nro. ARB(AF)/98/3.

³² “Dallal v. The Islamic Republic of Iran”, *et al.*, Award nro. 53-149-1, 10 June 1983, 3 Iran-United States Claims Tribunal Records, 10.

Art. 6. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional.

2. Dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Cuando se trate de la situación especial de ejercicio de la protección diplomática frente a un Estado del cual la persona es, o fue, también nacional, la norma general dispone que no puede ejercerse la pretendida protección, a menos que la nacionalidad del país reclamante sea la que predomina. En este caso, la referencia a la nacionalidad efectiva o predominante tiene aplicación. En la opinión consultiva sobre Reparación por Daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas (1949)³³ la CIJ sostuvo que la protección puede ejercerse contra el Estado del cual la persona es nacional cuando se lo hace invocando el carácter de funcionario de un organismo internacional, en este caso las Naciones Unidas, y no el vínculo de nacionalidad, que en la especie carece de relevancia. Cuando se trata del reclamo de un Estado frente a otro, el relator especial García Amador consideró en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado (1958) que en casos de múltiple nacionalidad sólo está jurídicamente capacitado para realizar un reclamo el Estado con el que el nacional tiene un vínculo genuino, sin considerar el caso de reclamo contra el Estado que es también el de la nacionalidad³⁴ y ese mismo criterio mantiene el Proyecto de Artículos de la *International Law Association* (ILA) sobre Protección Diplomática de las Personas y los Bienes³⁵. El art. 7º del Proyecto de Artículos toma específicamente el caso del reclamo contra un Estado del que también la persona residente es nacional, y sólo en ese caso admite la calificación del vínculo de nacionalidad, expresando que,

Art. 7. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, *a menos que* la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

³³ V. nota 26.

³⁴ “Art. 21. 4. *In cases of dual or multiple nationality, the right to bring a claim shall be exercisable only by the State with which the alien has the stronger and more genuine legal and other ties*”, Tercer Informe sobre Responsabilidad del Estado (1958, A/CN.4/111).

³⁵ La res. 5/2006 de la *International Law Association* (Toronto, 2006) sobre el tema *Diplomatic Protection of persons and property*, del que fue relator el profesor Orrego Vicuña, expresa en el capítulo sobre “Nationality of Claims”, ...6. *The link of nationality to the claimant state must be genuine and effective, and in case of concurrent nationalities, predominant.*

Con respecto a la situación de las personas apátridas y refugiadas, el Proyecto de Artículos adopta una propuesta de desarrollo progresivo, es decir *de lege ferenda*. El Proyecto no incluye la definición de *apatridia*, que puede considerarse consuetudinaria y que se encuentra incorporada en convenciones específicas, por ejemplo la Convención relativa al Estatuto de las Personas Apátridas de 1954, y la Convención sobre la Reducción de la Apatridia de 1961. De la misma manera, no se incluye la definición de *refugiado*, sino que el Proyecto remite a la definición contenida en instrumentos generales y regionales vigentes, por ejemplo la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, aprobada por Argentina mediante Ley 15.869 (1961), y su Protocolo de 1967; la Convención Europea sobre Nacionalidad de 1997, la Convención sobre Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África, adoptada por la Organización de la Unidad Africana en 1969 (OAU); o la Declaración de Cartagena de 1984 sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1985. El límite a la posibilidad de ejercer la protección diplomática de un refugiado por el Estado que le ha otorgado el refugio es que el reclamo se intente contra el Estado del cual el refugiado es nacional. Esta disposición se impone por razones políticas y porque otro enfoque sería contradictorio con el art. 3.1 del Proyecto de Artículos, que establece la nacionalidad como condición para el ejercicio de la protección diplomática. Por otra parte, que un Estado decida ejercer la protección diplomática en situaciones como las descriptas no conlleva un cambio de nacionalidad, ni es un indicio de que se puede otorgar la nacionalidad del Estado reclamante por protección diplomática al apátrida o refugiado, de la misma manera que otorgar un documento para viajar a un refugiado no modifica su nacionalidad (art. 28 de la Convención de 1951). El Proyecto de Artículos lo formula de la siguiente manera,

Art. 8. Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una *persona apátrida* que tenga *residencia legal y habitual en ese Estado* en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado *reconozca la condición de refugiado*, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga *residencia legal y habitual en ese Estado* en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de la nacionalidad del refugiado.

i) Capítulo 3. Personas jurídicas

1. Protección diplomática de las sociedades

El Derecho Internacional no determina cómo el derecho interno otorga su nacionalidad a una sociedad, pero sí determina cuándo puede ejercer la protec-

ción diplomática de dicha sociedad. La disposición del Proyecto de Artículos con relación a las personas jurídicas es similar a la de las personas físicas, según el texto del art. 5º, aunque incorpora el supuesto de la sucesión de Estados al mencionar el ‘Estado predecesor’. De acuerdo con el criterio recogido por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la “Barcelona Traction”, para el ejercicio de la protección diplomática de las personas jurídicas deben cumplirse dos requisitos: estar inscrita y tener una oficina con domicilio de la sociedad en el Estado reclamante.

La Corte reconoció la capacidad de los Estados de ejercer la protección diplomática de las personas jurídicas y precisó que la creación de una persona jurídica pertenece al dominio exclusivo de la jurisdicción local (para. 38), que el Derecho Internacional reconoce al Estado nacional el derecho de ejercer su protección diplomática siempre que esté inscrita en ese Estado y tenga allí sus oficinas centrales (para. 70), y que debe poseer una vinculación permanente y próxima con dicho Estado, aunque no consideró exigibles los parámetros de un ‘vínculo genuino’ que había aplicado en el caso “Nottebohm”. La sentencia no reconoció, y era un tema central de la decisión, el derecho de ejercer la protección diplomática de los accionistas (para. 96).

El Proyecto de Artículos sólo admite a los fines de la protección diplomática *un Estado* como *Estado de la nacionalidad de las personas jurídicas*, el de constitución o el de asiento efectivo de los negocios, pero no ambos. Incluye, asimismo, el requisito de la continuidad de la nacionalidad, siempre que la sociedad no haya dejado de existir como consecuencia del perjuicio sufrido. En este supuesto, el Estado reclamante debe probar que la sociedad dejó de existir a causa de ese perjuicio, dejando a salvo en este supuesto los derechos de los accionistas (art. 11.a). El Proyecto de Artículos regula la materia en las siguientes disposiciones,

Art. 9. Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se *constituyó* dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la *sede de su administración* y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad.

Art. 10. Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad, o la de su Estado predecesor, de modo continuo desde la fecha en la que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiriera después de la presentación de la reclamación la nacionalidad del Estado frente al cual se presentó dicha reclamación.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en la fecha en la que se produjo el perjuicio y que, *como consecuencia de ese perjuicio, haya dejado de existir* según la legislación del Estado en el que se constituyó.

2. Protección diplomática de los accionistas

La regla general que expresa el Proyecto de Artículos con respecto a la protección de los accionistas se ajusta a la decisión de “Barcelona Traction”, que sólo la admitiría en sociedades de responsabilidad limitada con el capital representado en acciones (para. 40, 41, 44, 47), o cuando la sociedad hubiese dejado de existir (para. 65-68), ya que otra solución, en opinión de la Corte, daría lugar a multiplicidad de reclamos (para. 53, 98). Como argumento adicional, el fallo destaca que la diferencia entre la sociedad y los accionistas de la sociedad la dispone el derecho interno, no el Derecho Internacional (para. 43, 86-87, 99).

El Proyecto también cita como antecedente el caso “Agrotexim”, que se origina en el reclamo ante la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos de seis compañías, accionistas a su vez de otra compañía, por violación de los arts. 6º (derecho al debido proceso) y 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención Europea de Derechos Humanos. No se trató en la especie, en verdad, del ejercicio de la protección diplomática de los accionistas de una sociedad, sino de una acción de las sociedades accionistas por no tener acceso a un recurso en su propio Estado. La CEDH aclaró que el reclamo debía ser ‘por algún motivo no relacionado con el perjuicio,’ lo que eliminó la posibilidad de que los accionistas sustituyesen a la compañía ³⁶.

El Proyecto de Artículos también contempla aquéllas situaciones en que las sociedades se constituyen como requisito del Estado para tener operaciones en su territorio. Serían las ‘Calvo corporations’, sociedades que se registran para evitar las normas de Derecho Internacional sobre protección diplomática. También se hace referencia a ellas en “Barcelona Traction”, aunque no era ése el supuesto (para. 92). La jurisprudencia posterior aceptó que en este supuesto se puede ejercer la protección diplomática de los accionistas. Así, una Sala de la Corte Internacional de Justicia, presidida por el juez José María Ruda, hizo lugar en el caso de “Elettronica Sicula SPA” (ELSI) (“Estados Unidos de Amé-

³⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, “Agrotexim and others v. Greece”, sentencia del 24/10/1995; en su memorial adicional y en los argumentos orales las compañías argumentaron que “*the true issue in relation to art. 6 and 13 (art. 6, art. 13) was that neither Fix Brewery nor its shareholders had any remedy whatsoever against the steps taken by the liquidators*”.

rica v Italia”, decisión del 20 julio de 1989) al reclamo de los Estados Unidos, aunque no hizo lugar a la indemnización solicitada en representación de los accionistas estadounidenses propietarios de la empresa. Italia había sostenido que los Estados Unidos estaban protegiendo los derechos de los accionistas de una empresa italiana, en forma contraria a lo decidido por la Corte en “Barcelona Traction”. La Sala no se pronunció al respecto, y fundó su decisión en la interpretación del Tratado de Comercio y Navegación entre las Partes que preveía la protección de los accionistas de los Estados Unidos en el extranjero. Sin embargo, al guardar silencio sobre la excepción presentada por Italia, la aceptó tácitamente. y la incorporó en el art. 11.b del Proyecto.

Si bien en “Barcelona Traction” la CIJ reconoció en forma abstracta, ya que no era el caso *sub examine*, que el daño directo a los accionistas les otorga una acción independiente a la que corresponde a la persona jurídica (párrs. 46-47), en ningún caso se enumeraron cuáles eran los derechos lesionados, aunque podrían consistir en el derecho a percibir los dividendos, el derecho de asistir y votar en las asambleas y el derecho de recibir la correspondiente proporción de los bienes de la sociedad si ésta se liquida. Es una disposición de interpretación restrictiva que requiere determinar que el perjuicio a los accionistas es diferente del perjuicio a la sociedad ³⁷.

Las disposiciones del Proyecto proponen las disposiciones siguientes,

Art. 11 - Protección de los accionistas

Un Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad *no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a esos accionistas* en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

a) La sociedad *haya dejado de existir*, de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, *por algún motivo no relacionado con el perjuicio*; o

b) La sociedad haya tenido, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, *la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca* y la constitución de la sociedad en ese Estado *haya sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado*.

Art. 12 - Perjuicio directo a los accionistas

En la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo *a los derechos de los accionistas como tales*, derechos que son *distintos de los de la propia sociedad*, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales.

³⁷ El informe de la CDI cita fallos arbitrales en los que se reconoció *locus standi* a los accionistas, ya que “*it was clearly specified that the shareholders and debenture-holders were admitted, in view of the circumstances, to be exercising not their own rights but the rights which the company, wrongfully dissolved or despoiled, was unable thenceforth to enforce; and whereas they were therefore seeking to enforce not direct and personal rights, but indirect and substituted rights*; Deutsche Petroleum (USA, Reparation Commission, 5 August 1926, UNRIIAA,II,775-790), en <http://www.un.org/law/riaa/>

El Proyecto de Artículos también regula la posibilidad de protección diplomática de otras entidades que son personas jurídicas pero no son sociedades comerciales. La Corte Permanente reconoció ese carácter a una Municipalidad (“Certain German Interests...”, Merits, PCIJ, 1922, 73-75), y a una universidad privada (Peter Pazmany University, PCIJ Series A/B, nro. 61, ps. 208, 227/232), en ambos casos personas jurídicas que pueden ser reconocidas como nacionales de un Estado y recibir su protección diplomática. También hace referencia a ellas el fallo de la “Barcelona Traction” (para. 38). Como en general no tienen accionistas sólo se aplicarían los arts. 9º y 10 del Proyecto, que regulan la protección diplomática de las personas jurídicas, pero si los tuviesen también se aplicarían los arts. 11 y 12. El texto que se reseña lo regula de la siguiente manera,

Art. 13. Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en el presente capítulo serán aplicables, según proceda, a la protección diplomática de otras personas jurídicas que no sean sociedades.

ii) Parte 3. Recursos internos

El agotamiento previo de los recursos internos es una de las condiciones del ejercicio de la protección diplomática, según lo ha reconocido la jurisprudencia internacional. El informe de la CDI menciona que, en 1793, Jefferson, secretario de Estado de la Unión, sostuvo en nota al representante británico que el extranjero, antes de acudir a la protección diplomática, “debe haberse esforzado en obtener por medio de los tribunales locales la justicia que reclama”. La Corte Permanente lo sostuvo en el caso del “Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis” (sentencia del 29 febrero de 1939) al rechazar la demanda de Estonia porque, a pesar de haber negociado con el gobierno lituano, en ningún momento había iniciado una acción ante sus tribunales y no había cumplido por lo tanto con el agotamiento de los recursos internos. La Corte Internacional de Justicia también reconoció la necesidad de cumplir con esta condición en el caso “Interhandel” (“Suiza v. Estados Unidos”, 1959). Como excepción a esta condición, el Estado que ejerce la protección diplomática de particulares afectados en su territorio por daños causado por objetos espaciales no debe cumplir ni el requisito de la nacionalidad de la víctima ni el del agotamiento de los recursos internos del Estado responsable, ya que se trata de una responsabilidad objetiva sin condiciones para su ejercicio.

Se califica como recursos internos a aquéllos que pueden resolver la controversia. Los recursos internos, sin embargo, pueden no ser suficientes, y en ese caso la renuncia previa del particular afectado a la protección diplomática (Cláusula Calvo) sería la renuncia a un derecho que no le pertenece, a saber, el derecho del Estado a ejercer la protección de sus nacionales, aunque los derechos protegidos sean los del nacional afectado y no los del Estado reclamante.

Algunos reclamos tienen un doble carácter, son reclamos mixtos porque afectan los intereses de los nacionales pero también directamente los del Estado. En el caso del “Personal diplomático y consular” de los Estados Unidos en Irán (“Estados Unidos v. Irán”) la Corte Internacional de Justicia lo consideró en su sentencia (1980) como un caso de daño directo al Estado. Mientras que en “Interhandel”, si bien existió la violación de un tratado, la Corte lo trató como daño predominantemente indirecto y entendió que no se habían agotado los recursos internos. En la decisión sobre el “Arrest Warrant” del 11 de agosto de 2000 la Corte consideró que hubo un daño directo a la República Democrática del Congo y a su nacional, el ministro de Relaciones Exteriores, pero consideró que el reclamo no se había realizado en el contexto de la protección a un nacional, sino en aplicación de la regla de la inmunidad de jurisdicción. En el caso “Avena” (“Méjico v. Estados Unidos”) Méjico sostuvo que tuvo tanto un perjuicio directo como un perjuicio indirecto a través de sus nacionales, criterio que fue compartido por la Corte en razón de la “interdependencia de los derechos del Estado y los derechos individuales” (para. 40). Puede observarse que en estos supuestos el tribunal llamado a decidir el reclamo debe determinar cuál es el elemento preponderante, si el daño a los nacionales o el daño directo al Estado. En los casos de daño directo al Estado no se requiere el agotamiento de los recursos internos, puesto que el reclamo está sometido al Derecho Internacional.

La regla del agotamiento de los recursos internos reconoce excepciones cuando dichos recursos no estuviesen disponibles, o fuesen manifiestamente inconducentes para solucionar la controversia, o cuando se han intentado pero existen excesivas demoras y no sería razonable exigirlo (Caso “Norwegian Loans”, 1957, op. dis. Hersh Lauterpacht, y el caso “Velásquez Rodríguez” de la CIDH, párrs. 56/78). En “Elettronica Sicula SPA” (ELSI) (“Estados Unidos v. Italia”), la sala de la Corte rechazó la excepción, opuesta por Italia, de no haberse agotado los recursos internos, porque no habían sido efectivos. Tampoco es oponible en los hipótesis de accidentes de contaminación, daños ocasionados por objetos espaciales, accidentes aéreos y otro tipo de catástrofes, cuando no se ha previsto previamente un mecanismo de solución de reclamos entre las partes.

El Proyecto de Artículos incorpora una cláusula novedosa de impedimento de la persona perjudicada de llevar a cabo el reclamo (art. 15.d). Asimismo admite, de manera excepcional, que el Estado responsable del ilícito renuncie al agotamiento de los recursos internos, aunque no es una renuncia que pueda deducirse si no hay una manifestación expresa en ese sentido. Así lo destacan la Sala de la Corte en “ELSI” (para. 50) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “Viviana Gallardo v. Costa Rica” (1991). Una disposición que adopta la solución contraria, es decir, que prevé la renuncia al agotamiento de los recursos internos si no se expresa lo contrario es la Convención de Washington sobre Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones entre

Estados y Nacionales de Otros Estados, de 1965, que dispone que el “consentimiento al arbitraje es con exclusión de todo otro medio, a excepción de que el Estado contratante exija el agotamiento de los recursos internos como requisito para el arbitraje de acuerdo a esta Convención” (art. 26). La CDI condensa la regla y sus excepciones de la siguiente manera,

Art. 14. Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de art. 8° antes de que la persona perjudicada haya *agotado los recursos internos*, salvo lo dispuesto en el proyecto de art. 15.

2. Por “recursos internos” se entienden los recursos legales que puede interponer una persona perjudicada ante los tribunales u órganos, sean éstos *judiciales o administrativos, ordinarios o especiales*, del Estado cuya responsabilidad por causar el perjuicio se invoca.

3. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el proyecto de art. 8°.

Art. 15. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No será necesario agotar los recursos internos cuando:

a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación;

b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;

c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca;

d) La persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos;

e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos.

iii) Parte 4. Disposiciones diversas

El Proyecto de Artículos, en sus disposiciones finales, consigna que la protección diplomática no limita el acceso a otros medios de solución de conflictos por daños a los nacionales u a otras personas que puedan invocarlo aunque no sean nacionales (art. 16). Esta disposición tiene especialmente en cuenta los procedimientos que establecen los mecanismos de derechos humanos, tanto universales como regionales. En este sentido, las normas consuetudinarias sobre protección diplomática y las normas sobre protección de los derechos humanos son complementarias. En este ámbito, otros mecanismos disponibles son, por ejemplo:

(1) el del art. 24 de la Convención Europea de 1950: Cualquier parte puede llevar a la Comisión (actualmente la Corte, Protocolo 11, art. 33) una violación de las disposiciones de la Convención que considere puede ser imputada a otra parte contratante;

(2) el del art. 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “cualquier parte puede reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado considere que otro Estado parte no cumple las obligaciones de la Convención”;

(3) el del art. 21 de la Convención contra la Tortura, con una disposición concordante;

(4) el del art. 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al cual los Estados pueden reconocer la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado alegue que otro Estado parte ha violado las disposiciones de la Convención, siempre que también haya aceptado la competencia de la Comisión. La Comisión no recibirá comunicaciones sobre un Estado que no haya aceptado su competencia.

(5) el del art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

(6) el de los arts. 47 a 54 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Debe también tenerse en cuenta que el rechazo de la Corte en los casos sobre África Sudoccidental a aceptar que un Estado pueda presentar una demanda para proteger los derechos de personas no-nacionales, ha sido superado, al menos *de lege ferenda*, en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados (art. 48 (1) (b)), que acepta que un Estado que no sea el de la nacionalidad pueda invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada es una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto. En este supuesto, no es necesario cumplir con los requisitos de la protección diplomática. En forma coherente el Proyecto agrega que las obligaciones internacionales allí enunciadas se entienden “sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”.

Otros convenios, además de los mecanismos de protección de derechos humanos, proporcionan medios jurisdiccionales mixtos entre Estados y personas privadas. La ya mencionada Convención de Washington de 1965, y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), permiten al inversor, y a los Estados, recurrir a sistemas jurisdiccionales sin tener que recurrir a un reclamo del Estado nacional, evitando la incertidumbre de la naturaleza discrecional de la protección diplomática. El acceso es condicionado cuando en el BIT el Estado haga reserva del agotamiento previo de los recursos internos (art. 26). La participación del Estado nacional se hace presente, sin embargo, en una nueva etapa de la defensa de los intereses de sus nacionales en el exterior, cuando

terminado el proceso jurisdiccional el Estado que ha sido condenado a pagar una compensación no cumple con la decisión.

La Organización Mundial de Comercio (OMC), por otra parte, no establece un sistema de reclamaciones directas entre Estados y particulares, sino que mantiene en sus paneles el esquema de representación por el Estado nacional de los intereses de los sectores afectados por medidas adoptadas por otro Estado miembro, asimilándose por lo tanto este esquema al de la protección diplomática. Las reclamaciones son sólo entre Estados, aunque participen en los procedimientos representantes sectoriales que carecen, sin embargo, de la personería jurídica (*locus standi*) y de la facultad de decisión que corresponden al Estado miembro de la OMC.

El carácter complementario de la protección diplomática cuando se dispone de otras opciones de solución de controversias está desarrollado en el Proyecto de la siguiente manera:

Art. 16. Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El derecho de los Estados, las personas naturales, las personas jurídicas u otras entidades a recurrir, de conformidad con el Derecho Internacional, a acciones o procedimientos *distintos de la protección diplomática* para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículos.

Art. 17. Normas especiales de Derecho Internacional

El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de Derecho Internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones.

Otro caso especial que contempla el Proyecto de Artículos es la protección de la tripulación de un buque. La regla generalmente aceptada por la doctrina es que las personas a bordo de un buque tienen la protección del país de abanderamiento, sean o no nacionales de ese país, doctrina expresada en el caso del “I’m Alone”³⁸. En 1999, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (ITLOS) en el caso del “The M/V Saiga” (Nro. 2, “Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea”) apoyó el derecho del país de bandera del buque de reclamar reparación para los miembros no-nacionales de la tripulación. Guinea objetó el reclamo porque consideró que no podía ejercerse la protección diplomática de no-nacionales, pero St. Vincent sostuvo que tenía el derecho de proteger la tripulación de un buque de su bandera “*irrespective of their nationality*”. El Tribunal sostuvo que la Convención del Mar de 1982 en muchas disposiciones no hacía distinción entre nacionales y no-nacionales del Estado de la bandera, por ejemplo, en los arts. 94 y 217 que establecen las obligaciones del Estado de abanderamiento con respecto a las personas naturales y jurídicas, propietarios, capitán, tripulación; y en las disposiciones sobre las medidas que un Estado puede tomar contra un buque extranjeros, contenidas en los arts.

³⁸ 29 *American Journal of International Law (AJIL)* 1935, 326.

106, 110, párr. 3º; y 111, párr. 8º (*The M/V Saiga*, Nro. 2, párr. 105). Así lo regula el texto del art. 18,

Art. 18. Protección de la tripulación de un buque

El derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática no resulta afectado por el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un perjuicio en relación con un daño causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito.

Finalmente, en un enfoque no exento de audacia, el Proyecto avanza en el desarrollo progresivo de la institución de la protección diplomática al proponer un cambio significativo en el enfoque del tema, que tiene como objetivo modificar el ejercicio discrecional del Estado de su derecho de protección diplomática. La puesta en marcha de la protección diplomática podría convertirse, de esta manera, en un derecho de las personas a demandarla y en una obligación del Estado de proporcionarla. Esta evolución está más próxima en los casos de violaciones a los derechos humanos de los nacionales, y el ejercicio de la asistencia consular en particular proporciona un ámbito de convergencia de derechos de los nacionales, derechos del Estado, y ejercicio de la protección diplomática. El ejercicio de la protección diplomática como derecho de los nacionales, que pueden reclamarlo a su Estado, estaría sujeto a revisión judicial. Con este enfoque, el Proyecto de Artículos avanza más allá de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en “Barcelona Traction”, en la que se afirma que el Estado tiene *complete freedom of action* en el ejercicio de la protección diplomática, incluso en la asignación de la manera que le parezca más conveniente de las sumas obtenidas como compensación. En efecto, en los arreglos por suma global (*lump sum agreements*), los individuos reciben generalmente mucho menos de lo que reclamaban, sin contar con ninguna acción para revertir la situación. En 1994, en “Beaumont v. France”, por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) expresó que un arreglo internacional que dispone una compensación otorga un derecho ejecutable a la compensación a las personas lesionadas³⁹. La discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática y en sus resultados, en consecuencia, está siendo cuestionada. El Proyecto de Artículos propone, haciéndose eco de esta tendencia, una disposición de desarrollo progresivo que se apoya en alguna práctica y sobre todo en la equidad, con la formulación siguiente,

Art. 19. Práctica recomendada

Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería:

³⁹ GARIBIAN, Sévane, “Vers l’émergence d’un droit individuel à la protection diplomatique?”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. LIV, 2008 (2009) 119-141.

- a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave;
- b) Tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y
- c) Transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualquiera de las deducciones razonables.

III. TERCERA PARTE. LA ASISTENCIA CONSULAR COMO UN CASO DIFERENCIADO DE PROTECCIÓN A LOS NACIONALES

a) Funciones consulares

Las funciones consulares, según lo codifica la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, “consistirán en: a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional”⁴⁰. Esta función hace por lo tanto a la esencia de las relaciones consulares. La asistencia consular forma parte de las normas consuetudinarias que proporcionan el marco jurídico de las relaciones consulares, y constituye un derecho tanto de los funcionarios consulares de tener la libertad de comunicarse con los nacionales del país que envía, como la de éstos últimos de comunicarse con la oficina consular del país de su nacionalidad. La libertad de comunicación de los funcionarios consulares con sus nacionales y su capacidad de asistencia cuando se encuentren detenidos, según codificada en el art. 36 de la Convención que expresa,

Art. 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora

⁴⁰ Aprobada por Argentina por Ley 17.081 del 10 de octubre de 1963. La Convención entró en vigor el 24 de abril de 1964.

por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

El ejercicio de la asistencia consular no requiere las condiciones exigidas para el ejercicio de la protección diplomática. No presupone tampoco la existencia de un ilícito por parte del país receptor, sino que consiste en el derecho de asistir a los nacionales del país acreditante y en el derecho de éstos de solicitar dicha asistencia. Como excepción, el Tratado de la Unión Europea dispone que “Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro”, para lo cual se autoriza al Consejo a adoptar las medidas de coordinación y cooperación necesarias (arts. 20.c y 23). Para cumplir con este mandato las Delegaciones de la UE actúan “en estrecha cooperación con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros” (art. 221). En febrero de 2006 la Comisión Europea adoptó una Comunicación titulada ‘Hacia una protección consular efectiva en los terceros países: la contribución de la UE (Plan de acción 2007-2009)’ a fin de reforzar el derecho de los ciudadanos de la UE a la protección diplomática y consular comunitaria, con el alcance mencionado de asistencia diplomática y consular. Esa Comunicación fue el resultado de la consulta pública realizada a partir de la publicación del Libro Verde sobre “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países” (Bruselas, 28.211.2006, COM (2006) 712 final - antecedente decisión 95/553/CE). La protección puede ser individual o colectiva, y ocasionarse en catástrofes, actos de terrorismo, u otras causas. Se extiende, asimismo, a los familiares que no sean ciudadanos de la Unión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su vez, emitió el 1º de octubre de 1999 la opinión consultiva solicitada por Méjico sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” (OC - 16/99). Los Estados Unidos consideraron que encontrándose pendiente la decisión del caso “Avena” (“Méjico v. Estados Unidos”) ante la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana no debería responder la opinión solicitada, que tampoco era de su competencia porque

la notificación consular no es un derecho humano sino un deber de los Estados que sostienen relaciones consulares recíprocas, con el propósito de beneficiar tanto a los individuos como a los Estados.

En su opinión, la Corte Interamericana consideró que la comunicación consular que prevé el art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (RVRC) CVRD “*conciérne* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos”, otorgando: (a) derecho a la *información* sobre la asistencia consular, derecho del nacional a saber que tiene ese derecho; (b) derecho a la *notificación* consular, derecho del nacional a que las autoridades del país de residencia notifiquen a la oficina consular; (c) derecho a la *asistencia consular*, que forma parte del derecho de los funcionarios consulares a prestarla; (d) derecho a la *comunicación* consular, que constituye el derecho de los funcionarios consulares y de sus nacionales de comunicarse libremente. Los tres primeros son derechos individuales, a los que “corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”. En igual sentido se había pronunciado la Corte de La Haya en la sentencia del 24/5/1980 sobre los Rehenes de los Estados Unidos en Irak, al declarar que Irán violó los derechos humanos (para. 91). La Corte Interamericana corroboró la vinculación entre la asistencia consular y los derechos individuales al afirmar que el derecho a la comunicación consular permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b) La asistencia consular en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia

En 1998, a raíz de la demanda iniciada por la República del Paraguay contra los Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia tuvo por primera vez la ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la notificación que dispone el art. 36.1.b. de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Se trataba de la situación del ciudadano paraguayo Breard, condenado a muerte en los Estados Unidos. El 3 abril de 1998 Paraguay presentó su demanda contra los Estados Unidos (Caso de la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Paraguay v. Estados Unidos”) por incumplimiento de la Convención de Viena y pidió al mismo tiempo medidas provisionales para preservar los derechos de la República del Paraguay y para detener la ejecución de la condena de muerte. El 9 de abril la Corte concedió las medidas provisionales solicitadas. Paraguay presentó de inmediato un recurso (*certiorari petition*) ante la Suprema Corte de los Estados Unidos solicitando el cumplimiento de las medidas provisionales dispuestas por la CIJ, que también presentó el Sr. Breard, ambas horas antes de la ejecución (“Breard v Greene”, 523 US 371 (1998)). La Suprema Corte rechazó los recursos inter-

pretando el art. 36, CVRC de acuerdo con las normas de procedimiento criminal de los Estados Unidos, no hizo lugar a la queja por omisión procesal (*procedural default grounds*)⁴¹ y aplicó la doctrina de “economía judicial” del caso “Teague” (*judicial economy*), que impedía la aplicación retroactiva de nuevas normas constitucionales de procedimiento criminal cuando un defendido ya hubiese agotado las apelaciones directas, excepto que fuese una norma sustancial de procedimiento criminal (*watershed rule of criminal procedure* que afecta *the fundamental fairness and accuracy of the criminal proceeding*, “Schriro v. Summerlin”, 542 U. S. 348, 351), por lo que se denegó la suspensión y la sentencia fue cumplida. Paraguay discontinuó el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia por considerarlo sin objeto.

Un caso de similares características se generó al año siguiente, cuando el 2 de marzo de 1999, un día antes del fijado para la ejecución de Walter LaGrand, cuyo hermano Kart LaGrand había sido ejecutado el 24 de febrero de ese año, Alemania presentó una demanda contra los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia en su propio derecho por no haber cumplido con la notificación de asistencia consular y en ejercicio de la protección diplomática de Water y Karl LaGrand, solicitando al mismo tiempo medidas provisionales para suspenderla. El 5 de marzo la Corte hizo lugar a las medidas provisionales y requirió a los Estados Unidos suspender la ejecución hasta que se sustanciara el procedimiento. Ese mismo día Alemania presentó un recurso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, por corresponder a la jurisdicción originaria (“Federal Republic of Germany v. US”, 526 US 111 (1999)), que fue rechazado. Se cumplió por lo tanto la sentencia, lo que no hizo desistir a Alemania del procedimiento ya iniciado ante la Corte Internacional de Justicia.

En su demanda Alemania alegó los diversos incumplimientos en que habían incurrido los Estados Unidos, a saber: (a) que el art. 36 de la Convención de Relaciones Consulares establece un régimen jurídico que crea derechos y obligaciones recíprocos para el Estado de residencia y el Estado de nacionalidad, puesto que el apart. 1.(a) del art. 36 establece el derecho recíproco de comunicación entre los funcionarios consulares y sus nacionales; (b) que si la persona está detenida, las autoridades del país de residencia deben comunicarle ‘sin retardo’ tal posibilidad, según dispone el apartado 1.(b), un derecho específico cuyo incumplimiento le produjo un perjuicio directo puesto que le impidió ejercer el derecho de asistencia consular; (c) que esto impidió a los Sres. LaGrand comunicarse con la oficina consular de su país; (d) que Estados Unidos negaron a los hermanos LaGrand el *standard* mínimo de garantías que corresponde a los extranjeros de acuerdo con el Derecho Internacional, lo que la autoriza a ejercer la protección diplomática.

⁴¹ En adelante, “omisión procesal” deberá leerse como la traducción de *procedural default grounds*, regla de los tribunales federales de los Estados Unidos según la cual un tribunal federal no otorgará un pedido de *habeas corpus* a un detenido que no haya agotado los recursos disponibles en el estado en el que ha sido juzgado.

Entre los argumentos de la demanda Alemania invocó las afirmaciones de los Estados Unidos en su Memoria en el caso del “Personal diplomático y consular” (“Estados Unidos v. Irán”) y en la sentencia del 24 de mayo de 1980, donde la Corte afirmó que Irán cometió violaciones de derechos humanos, aunque no mencionó expresamente el art. 36, CVRD (párrs. 91/92); también alegó los trabajos preparatorios de la Conferencia de Viena sobre Relaciones Consulares y la práctica de los Estados, mencionando la Declaración sobre los Derechos Humanos de las Personas que no Poseen la Nacionalidad del País en que Viven (Res. 47/144 de la Asamblea General del 13 de diciembre de 1985, que en su art. 10 expresa “Todo extranjero debe poder en todo momento comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado del cual posee la nacionalidad...”), y argumentó que el incumplimiento de las obligaciones que derivan del art. 36, cuyos titulares son los individuos, le permiten ejercer su protección diplomática, que opera la novación entre los derechos del individuo y los del Estado del cual es nacional. El reconocimiento de los derechos individuales fue, en la argumentación de Alemania, la etapa previa y necesaria para poner en marcha la protección diplomática. Sin embargo, esta posibilidad no es pacíficamente aceptada, ya que la protección diplomática, reconocida como un derecho del Estado, sería de esta manera también un derecho del individuo, al que el Estado representa, convirtiéndolo en una acción contra otro Estado. Los Estados Unidos, por su parte, alegaron que el art. 36 otorga un derecho individual, que la protección diplomática es un derecho del Estado excluido de la competencia de la Corte, y que el derecho de un Estado de prestar asistencia consular a sus ciudadanos detenidos en el extranjero, y el de endosar sus reivindicaciones por vía de la protección diplomática, son dos conceptos jurídicos diferentes.

La Corte sostuvo en la sentencia del 27 de junio de 2001 que el art. 36, CVRC establece la base del derecho a la protección consular, del cual el Estado es titular. Alemania y los hermanos LaGrand no pudieron ejercerlo por el incumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones correlativas. Si bien Alemania alegó que los derechos individuales que derivan del art. 36 tienen el carácter de derecho humano, la Corte no se pronunció sobre este tema, aunque sí expresó que la violación de la Convención no sólo vulneró los derechos de Alemania, sino también los derechos de los hermanos LaGrand en los términos del art. 36.2, CVRC⁴², reconociendo de este modo que la disposición sí otorga derechos individuales (párr. 77 y párrafo dispositivo 4)⁴³.

⁴² PINTO, Mónica, “De la protection diplomatique et la protection des droits de l’homme”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 106, nro. 3, 2002, *deduce certainement que ‘Le langage employé par la Cour de La Haye n’ autorise pas à parler de droits de l’homme mais les blancs laissés dans son jugement invitent à le faire’*, p. 513.

⁴³ El párr. 77 expresa que “Based on the text of these provisions, the Court concludes that art. 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person”.

En la sentencia del caso “LaGrand” la Corte se pronunció sobre la naturaleza de la protección diplomática y sobre los puntos de convergencia y de divergencia con la protección de los derechos humanos en “Barcelona Traction” (párrs. 33/34 sobre las obligaciones *erga omnes* y párrs. 78/79 sobre la protección diplomática). Afirmó asimismo que el Estado debe ser considerado como el único capaz de decidir si acordará su protección, en qué medida lo hará y cuando la terminará, ya que posee al respecto un poder discrecional, teniendo en cuenta que su ejercicio puede depender de consideraciones de orden político no relacionados con el caso concreto, lo que diferencia su reclamo de la demanda del particular damnificado (párr. 79). Sostuvo además que los derechos humanos, a los que había hecho referencia en el párr. 34, comportan una protección contra la denegación de justicia, si bien es cierto que los instrumentos que consagran los derechos humanos no reconocen a los Estados la facultad de proteger a las víctimas de violaciones de esos derechos independientemente de su nacionalidad (párr. 91).

La sentencia no desvincula la protección por violación de los derechos humanos de la protección diplomática *lato sensu*, sino que más bien la ubica como la situación paradigmática que debe ponerla en ejercicio. Esta situación se supera en los mecanismos regionales como el establecido por el Consejo de Europa, ya que la Convención Europea de Derechos Humanos autoriza a cada Estado Parte a denunciar a cualquier otro Estado contratante por una violación de la Convención, sin tener en cuenta la nacionalidad de la víctima. Como conclusión, a pesar de su aparente falta de objeto, el caso “LaGrand” es sustancialmente relevante al definir cuatro temas debatidos, a saber, (a) confirmar el carácter obligatorio de las medidas provisionales; (b) establecer que el art. 36.1. (b) crea derechos individuales a partir de un tratado; (c) afirmar que invocar la regla de la omisión procesal (*procedural default rule*)⁴⁴ para rechazar un recurso basado en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un incumplimiento del art. 36.2 de la Convención; y, (d) resolver que cuando un individuo ha sido condenado a penas severas sin que se haya respetado la Convención, los Estados, en este caso los Estados Unidos, debían permitir la revisión y reconsideración de las sentencias, con los mecanismos de su elección, como consecuencia de la ruptura de su obligación.

Posteriormente, Méjico demandó ante la Corte Internacional de Justicia a los Estados Unidos por el incumplimiento de las obligaciones que establece el art. 36 de la Convención con respecto a cincuenta y un ciudadanos mexicanos condenados a muerte o en proceso pendiente (caso “Avena and Other Mexican Nationals”, “Mexico v. United States of America”). Los derechos invocados por Méjico, que además alegó el *estoppel* de los Estados Unidos por haber sostenido tales derechos, entre otros, en el caso de los “rehenes” [United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (“United States of America v. Iran”)].

⁴⁴ Ver nota 40 *supra*.

En la sentencia del 31 de marzo de 2004 la Corte decidió, siguiendo lo resuelto en “LaGrand”, que: (1) Los Estados Unidos habían violado el art. 36.1 de la Convención al no informar a los ciudadanos mexicanos de sus derechos consulares; (2) Los Estados Unidos tenían la obligación de proporcionar, por los medios a su elección, revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de los nacionales mexicanos teniendo en cuenta la violación de los derechos establecidos en el art. 36 de la Convención; (3) Esta revisión y reconsideración debía ser llevada a cabo por el poder judicial, ya que el proceso de clemencia por el ejecutivo era insuficiente al respecto; (4) Con respecto a los individuos que habían agotado todos los recursos internos, la Corte sostuvo que la aplicación por los tribunales federales de los Estados Unidos de la regla de la omisión procesal (*procedural default grounds*) había violado el art. 36.2 de la Convención, ya que había impedido a los defendidos invocar la Convención de Viena. El juez Parra Aranguren no compartió esta parte de la sentencia y en su opinión individual consideró que los reclamos presentados por Méjico en ejercicio de la protección diplomática son reclamos del Estado y no se ejercen como derechos individuales.

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia impulsó nuevos recursos ante los tribunales de los Estados Unidos de las personas comprendidas en la demanda de Méjico, con diferentes resultados, hasta el pronunciamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos⁴⁵. En el caso “Torres”, uno de los incluidos en “Avena”, a quien se había denegado el recurso antes de la sentencia, la Corte de Apelación Criminal de Oklahoma ordenó la reapertura del caso luego de la sentencia para que se determinase si se había perjudicado la situación del recurrente por falta de información de sus derechos consulares e ineficiente defensa legal. Por el contrario, en el caso “Medellín”, el Tribunal de Apelaciones (US Court of Appeals, 5th. Circuit) denegó la apelación presentada luego de la sentencia “Avena” alegando la regla de la omisión procesal para determinar que estaba excluido un recurso basado en la Convención de Viena que no había sido alegado en el tribunal estatal. La Suprema Corte consideró que la sentencia recaída en el caso “Breard”, en la que había sostenido que la Convención de Viena no podía aplicarse por la regla de la omisión procesal, seguía vigente y que estaba obligada a seguirla⁴⁶. Contra esta decisión se presentó ante la Suprema Corte un nuevo recurso (*Writ of Certiorari*). Al mismo tiempo, el Procurador General (Attorney General) en memorandum del 28 de febrero de 2005, basado en un previo memorandum del presidente, expresó que

⁴⁵ PULKOWSKI, Dirk, ‘Testing compliance theories: towards US obedience of international law in the Avena case,’ *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, ps. 511/544.

⁴⁶ La Suprema Corte de los Estados Unidos expresó que “*Only the Supreme Court may overrule a Supreme Court decision. The Supreme Court has not overruled Breard*”.

los Estados Unidos cumplirían con sus obligaciones internacionales de acuerdo con el fallo “Avena” mediante su aplicación por los tribunales estatales⁴⁷.

La Suprema Corte, sin embargo, denegó el recurso *as improvidently granted* (23 de mayo de 2005), alegando el memorandum posterior a su interposición que habilitaba un recurso a los tribunales de Texas. El Tribunal de Apelación Criminal de Texas, por su parte, rechazó el recurso en base a la doctrina de la omisión procesal (*procedural default*), contra el cual la Suprema Corte concedió un recurso (*writ of certiorari*) para decidir dos cuestiones: 1) Si la sentencia “Avena” era directamente ejecutable como derecho interno por una corte estatal de los Estados Unidos, y 2) Si el memorandum del presidente exigía que los Estados revisaran y reconsideraran los casos de los cincuenta y un ciudadanos mejicanos allí incluidos, dejando de lado la regla local de la omisión procesal. En 2006, en “Sanchez Llamas v. Oregon”, un caso no comprendido en “Avena”, la Suprema Corte resolvió que, contrariamente a lo afirmado por la Corte de La Haya, la Convención de Viena no impedía la aplicación de la regla de la omisión procesal.

El 25 de marzo de 2008, la Suprema Corte decidió que ni “Avena” ni el memorandum eran normas federales directamente aplicables por los tribunales locales que excluyesen las limitaciones del derecho local para la presentación de sucesivos recursos⁴⁸.

El 5 de junio de 2008 Méjico inició una nueva demanda contra los Estados Unidos de América solicitando a la Corte de La Haya la interpretación del párrafo 153 (9) de la sentencia del 31 de marzo de 2004 en el caso “Avena”. Méjico solicitó a la Corte declarar que la obligación de los Estados Unidos según lo establecido por el párrafo 153 (9) del fallo “Avena” constituía una obligación de resultado, ya que disponía que los Estados Unidos debían revisar y reconsiderar las condenas y sentencias, por los medios a su elección que considerasen convenientes, asegurando que ninguna de las personas incluidas en la sentencia fuese ejecutada hasta que la revisión se completase. Los Estados Unidos solicitaron, a su vez, se rechazara la demanda de interpretación porque habían aceptado que la asistencia consular era una obligación de resultado y estaban dispuestos a procurar los mecanismos para que la sentencia se cumpliera (párr. 28); por esta razón la Corte debía decidir si había o no una disputa (párr.

⁴⁷ Memorandum del Procurador General (Attorney General) del 28/2/2005: “*The United States would discharge its international obligations under the Avena judgement by ‘having State courts give effect to the [ICJ] decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision’*”.

⁴⁸ “*Medellín v. Texas*”, 552 U. S. 491 (2008) (“*Medellín I*”), “*neither the Avena decision nor the President’s Memorandum purporting to implement that decision constituted directly enforceable federal law*”, 552 U. S., at 498/499; “*Medellín v. Texas*”, 554 U. S. 759, 760 (2008) (*per curiam*) (“*Medellín II*”) “*The petition for a writ of habeas corpus is denied*”; Al respecto ver DONOVAN, Donald Francis, “*Medellín: Three Questions*”, contrario a la decisión de la Suprema Corte, en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 102nd Annual Meeting, 2008, ps. 389/395.

42). La Corte lo resuelve en forma negativa, decidiendo que no podían acceder al pedido de interpretación requerido por Méjico (párr. 46).

Méjico solicitó la indicación de medidas provisionales a fin de preservar los derechos de Méjico y de sus nacionales mientras se encontrase pendiente la decisión sobre la interpretación de la sentencia “Avena”. La CIJ hizo lugar a la indicación de medidas provisionales (orden del 16 de julio de 2008), y requirió a los Estados Unidos llevar a cabo las acciones necesarias para que los Sres. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, y Roberto Moreno Ramos no fuesen ejecutados mientras se hiciese lugar a la revisión y reconsideración de sus condenas y se resolviese el pedido de interpretación, según párrs. 138 a 141 de la sentencia del 31 de marzo de 2004, de lo que debía informar a la Corte.

El 14 de julio de 2008, casi simultáneamente, el presidente del Comité de Relaciones Exteriores de la Cámara, Howard Berman, presentó el proyecto de ley *Avena Case Implementation Act of 2008*, que establece una acción civil para proporcionar las bases legales para que los Estados Unidos cumplan con el fallo de la Corte Internacional de Justicia, y con las obligaciones que establecen la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y el Protocolo Opcional.

El Sr. Medellín fue ejecutado en el Estado de Texas el 5 de agosto de 2008, luego de haber presentado, sin éxito, un recurso de *habeas corpus* y la suspensión de la ejecución a través del proceso de clemencia. No se revisó la sentencia, de acuerdo a lo requerido por “Avena” (párrs. 138 a 141), como tampoco se cumplieron las medidas provisionales ordenadas por la CIJ el 16 de julio de 2008, en el nuevo caso de interpretación de “Avena”.

El 19 de enero de 2009 la CIJ decidió que los Estados Unidos no habían cumplido con la Orden de la Corte del 16 de Julio de 2008 con respecto al Sr. José Ernesto Medellín Rojas (párr. 53). La Corte decidió que era suficiente reiterar que el fallo “Avena” continuaba siendo obligatorio y que los Estados Unidos continuaban teniendo la obligación de cumplirlo en su totalidad, al mismo tiempo que tomaba nota de las medidas que estaba tomando para su cumplimiento.

En 2011 la Suprema Corte reiteró en “Humberto Leal García v. Texas”⁴⁹, la doctrina de “Medellín”, y rechazó los recursos interpuestos porque la situación no se había modificado, ya que aún no se habían aprobado los proyectos de ley presentados para que los Estados pudiesen cumplir el fallo “Avena”.

⁴⁹ “Humberto Leal García v Texas”, 564 U. S. 2011, denegadas las peticiones por Writ of Certiorari y Writ of Habeas Corpus, basados en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso “Avena”, 7 julio 2011.

IV. EL CASO DE “AHMADOU SADIO DIALLO” (“REPÚBLICA DE GUINEA V. REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO”)

El 30 de noviembre de 2010 la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia en el caso de “Ahmadou Sadio Diallo” (“República de Guinea v. República Democrática del Congo”, denominada Zaire entre 1971 y 1997), un empresario de nacionalidad guineana que se estableció en la República Democrática del Congo (en adelante RD del Congo) en 1964 y creó en 1974 una sociedad de responsabilidad limitada de importación y exportación, “Africom-Zaire”, y en 1979 otra de transporte, “Africontainers-Zaire”, de la que fue designado gerente. Luego de residir en la RD del Congo durante treinta y dos años el Sr. Diallo fue despojado de sus inversiones, negocios, propiedades muebles e inmuebles y cuentas bancarias, y luego expulsado. En 1988 había sido detenido, pero fue liberado en breve tiempo. En 1995, por el contrario, fue detenido y luego expulsado según lo había dispuesto el decreto del primer ministro de la RD del Congo. Esta expulsión se produjo cuando el Sr. Diallo trataba de cobrar deudas que le debían tanto el Estado de la RD del Congo como compañías petroleras instaladas en el territorio y de las que el Estado era accionista. Según alegó Guinea, estas acciones fueron contrarias al principio del *standard* mínimo de civilización en el trato a los extranjeros, que incluye la obligación de respetar su libertad y sus bienes, y la de proporcionar un tribunal imparcial ante el cual reclamar cuando no se cumpliesen.

Luego de la suspensión del procedimiento por las objeciones opuestas por la RD del Congo, el 24 de mayo de 2007 la Corte declaró admisible la demanda de Guinea con respecto a la protección de los derechos individuales del Sr. Diallo, y en lo que se refiere a la protección de sus derechos directos como socio en “Africom-Zaire” y “Africontainers-Zaire”, pero declaró inadmisibile la demanda por las alegadas violaciones de sus derechos con respecto a “Africom-Zaire” y “Africontainers-Zaire”⁵⁰. Guinea pidió a la Corte que las autoridades de la RD del Congo se disculpasen públicamente por los numerosos daños que le habían ocasionado en la persona de su nacional, que pagasen las sumas adeudadas al Sr. Diallo de acuerdo a las normas de responsabilidad del Estado y de reparación civil, abonando en su representación al Estado de Guinea las sumas de US\$ 31,334,685,888.45 y Z14,207,082,872.7 por las pérdidas financieras ocasionadas y una indemnización equivalente al 15 por ciento del fallo principal, es decir la suma de US\$ 4,700,202,883.26 y Z2,131,062,430.9, entre otros rubros reclamados. La República de Guinea sostuvo que al no haber cumplido con las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, y haber privado al Sr. Diallo de sus derechos, la RD del Congo había cometido actos internacionalmente ilícitos que comprometían su responsabili-

⁵⁰ DE FROUVILLE, Olivier, “Affaire Ahmadou Sadio Diallo” (“République de Guinée v. République Démocratique du Congo”). Exceptions préliminaires: “Le roman inachevé de la Protection Diplomatique”, *Annuaire Français de Droit International*, Paris, CNRS, 2007.

dad internacional; por lo que solicitaba una reparación completa en la forma de una compensación que cubriese la totalidad de los daños. Debido al arresto y detención sufridos por el Sr. Diallo en 1988-1989 y el arresto, detención y expulsión que sufrió en 1995-1996 en violación del Derecho Internacional, Guinea se consideraba con derecho a ejercer la protección diplomática de su nacional.

La RD del Congo sostuvo que el Sr. Diallo no había agotado los recursos internos y negó que los hechos hubiesen comportado una violación del Derecho Internacional. Con respecto a los hechos de 1988-1989, la Corte observó que el reclamo sobre esos hechos no fue presentado por Guinea hasta 2008 (párr. 32), es decir, luego de la presentación de la Contra-Memoria por la RD del Congo, que se vio por ello imposibilitada de oponer excepciones preliminares. La Corte consideró que esto era especialmente importante en un caso de ejercicio de protección diplomática, en el que el nuevo reclamo tenía recursos disponibles en los tribunales domésticos diferentes de los que podían plantearse con respecto a la demanda inicial (párr. 44). Por estos motivos la Corte desestimó la demanda con respecto a las medidas a las que fue sometido el Sr. Diallo en 1988-1989, sin entrar a considerar la objeción sobre agotamiento de los recursos internos (párr. 47).

Con respecto a los hechos que fueron la base de la demanda, algunos de los cuales fueron reconocidos y otros negados por la RD del Congo, la Corte recordó que la carga de la prueba recae en quien alega un hecho, según el principio *probandi incumbit actori*, e invocó como precedente la decisión recaída el 20 de abril de 2010 en el caso de las “Fábricas de Pasta de Celulosa” (“Argentina v. Uruguay”, párr. 162). La regla sin embargo no es absoluta y no se aplica en todas las circunstancias (párr. 54), puesto que en casos como el del Sr. Diallo ambas partes deben probarlos (párr. 56). Probado el período de su detención (párr. 60), debía demostrarse si no fue informado de su derecho de solicitar asistencia consular cuando fue arrestado en violación del art. 36 (1) (b) CVRC. Ambos Estados eran parte de la Convención, suscripta el 24 de abril de 1963, que había entrado en vigor para Guinea el 30 de julio de 1988 y para la RD del Congo el 14 de agosto de 1976. La Corte afirmó que la expulsión del Sr. Diallo no había sido decidida “de acuerdo con la ley” y que había violado el art. 13 del Pacto y el art. 12.4., de la Carta Africana (párr. 73). La Corte concluyó que la expulsión del Sr. Diallo quebrantó los arts. 9.1 y 13 del Pacto, ya que no se habían demostrado *compelling reasons*, y 6 de la Carta Africana (párrs. 74 y 80). La Corte consideró que no se habían demostrado en forma convincente tratos inhumanos y degradantes (art. 10.1 del Pacto), pero sí reconoció la violación del derecho a ser informado (art. 9.2 del Pacto) (párr. 85).

La sentencia destacó que los derechos que establece el art. 36, CVRD son aplicables frente a cualquier privación de la libertad, aún para quienes hayan cometido ofensas criminales (párr. 91) y que, al no haber demostrado que cumplió con la obligación de notificar al Sr. Diallo, la RD del Congo violó

el art. 36, párr. 1 (b), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (párr. 97).

Con respecto a la protección de los derechos del Sr. Diallo como asociado en las empresas Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, inscritas como sociedades privadas de responsabilidad limitada (SPRLs), una forma societaria desconocida en el *common law*, la Corte analizó el derecho de la RD del Congo, de acuerdo al cual sociedades de esta naturaleza tienen una personalidad distinta de la de sus socios y los bienes de la sociedad están separados de los bienes de los socios (párrs. 104/105). Los derechos directos del Sr. Diallo eran los de participar en las reuniones y votar, que no podría haber cumplido luego de su expulsión, aunque podría haberse hecho representar (párrs. 122, 123, 126). La Corte resolvió que la RD del Congo debía compensar a Guinea por los perjuicios derivados de la detención y expulsión ilegales del Sr. Diallo en 1995-1996, incluida la pérdida de sus bienes personales (párrs. 161, 162, 163), pero rechazó el reclamo por los daños sufridos por la detención de 1988-1989 y por la violación de sus derechos directos como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire⁵¹. La Corte condenó a la RD del Congo a compensar adecuadamente a la República de Guinea por las violaciones de las obligaciones internacionales mencionadas, sobre lo que debían llegar a un acuerdo en un plazo de seis meses a partir de la sentencia. La Corte se reservó el procedimiento a seguir en caso de no cumplirse ese mandato.

En esta sentencia la Corte Internacional de Justicia volvió a confirmar el carácter de derechos individuales de la asistencia consular que prevé el art. 36.1 (b), CVRC, los deberes correlativos que impone al Estado receptor y al Estado de la nacionalidad, y la posibilidad para este último Estado de ejercer la protección diplomática de su nacional. En este caso, a diferencia de los anteriores “Breard”, “LaGrand” y “Avena”, la responsabilidad que provoca al Estado de residencia no haber cumplido con esa obligación tiene la posibilidad de reparación que permite cerrar el círculo de derechos y deberes de manera satisfactoria.

V. DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO Y DE SUS NACIONALES

La protección diplomática es una institución ambivalente. Puede ser una posibilidad de injerencia en los asuntos internos de otro Estado, y puede ser el único medio de obtener una reparación por daños no reparados, cuando agotados los recursos locales no existen otras opciones jurisdiccionales. El derecho a la reparación, que subsiste, encuentra en el Derecho Internacional un remedio posible, pero carecen las personas de los medios para aplicarlo. Estos medios

⁵¹ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “La equidad *contra legem* en la sentencia del 30 de noviembre de 2010 de la CIJ en el asunto Ahmadou Sadio Diallo,” en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. Hugo Llanos Mansilla*, Santiago de Chile, 2011 (en prensa).

los posee el Estado de nacionalidad del damnificado, que puede, y en algunos casos tal vez debería, exigir la correspondiente reparación. Y cuando la protección diplomática se ejerce por violaciones de derechos fundamentales en el país de residencia, se hace difícil no vincularla con los derechos individuales a través de la responsabilidad del Estado, como lo argumentara García Amador en sus primeros informes sobre responsabilidad del Estado, y los dos relatores especiales del Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática.

Restarle protagonismo a la subjetividad internacional del Estado y a su autonomía en el ámbito del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales, no es un objetivo deseable. Una comunidad internacional con un Estado débil no sería seguramente una comunidad internacional con un mayor respeto por los derechos individuales, porque no otro que el Estado es el titular de la obligación de respetarlos.

Reconocer la capacidad del individuo para impulsar los mecanismos de afirmación de sus derechos no es incompatible con un Estado en el pleno ejercicio de sus competencias, sino con un Estado sin instituciones jerarquizadas. Los individuos han afirmado sus derechos subjetivos especialmente en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como en los ámbitos de la integración y del comercio internacional. La participación directa del individuo en jurisdicciones internacionales se ha instalado para renovar una comunidad internacional en la que se inserta lenta y dificultosamente el *locus standi* individual.

La discrecionalidad del Estado para decidir el ejercicio de la protección diplomática es la norma internacional, aunque se encuentra actualmente en tela de juicio, y así lo percibe el art. 19 del Proyecto de Artículos. El derecho a ser protegido, por otra parte, aparece claramente en la asistencia consular, que se reconoce, sin duda después del caso “LaGrand”, como derecho individual y deber del Estado hacia sus nacionales. Es al mismo tiempo, en la relación interestatal, un derecho del Estado de envío, y un deber del Estado receptor, derechos y deberes que se complementan con el derecho individual a la asistencia consular.

Tanto en la asistencia consular como en la protección diplomática se deben distinguir dos niveles de relaciones jurídicas, la del nacional con su Estado, donde los sujetos son diferentes y la relación es de desigualdad, y la de ambos Estados entre sí, una relación de igualdad. En la protección diplomática el nacional agraviado no tiene el derecho a ser protegido, y el Estado no tiene el deber de protegerlo. La relación jurídica entre la persona y el Estado es el vínculo de nacionalidad. Pero si bien esta es la formulación clásica, y la que rige, se pueden admitir excepciones, y las excepciones actuar como un limitado cambio de paradigma. Hay un desarrollo cauteloso del concepto de que las personas tienen derecho a ser protegidas por el Estado de su nacionalidad, un concepto que se acerca al deber de protección en los casos de violaciones generalizadas de derechos humanos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que

en el Proyecto de Artículos la protección diplomática se prevé con relación a la responsabilidad civil del Estado, y como tal no podría dar lugar a represalias, que sí serían posibles frente a la responsabilidad por crímenes internacionales.

Si bien existen propuestas de modificar los términos de la ecuación de protección diplomática mediante la aceptación de excepciones que moderarían la discrecionalidad estatal, ello tendría como consecuencia establecer una nueva relación jurídica entre el Estado y sus nacionales. Esta nueva relación jurídica, aún no cristalizada, crearía una obligación del Estado hacia sus nacionales y, como contrapartida, un derecho de éstos exigible a su Estado nacional. El derecho a demandar la protección diplomática, con este posible alcance, debería contener asimismo las condiciones para su ejercicio, precisando los intereses a ser protegidos. Tendría, en menor escala, puntos de contacto con el deber de proteger, enmarcado en alternativas válidas del uso de la fuerza⁵², en cuanto implicaría la protección de ciudadanos en situación desventajosa utilizando métodos, como la protección “diplomática”, que excluyen el uso de la fuerza. Estos casos podrían abarcar tanto las situaciones de desigualdad ante la ley, discriminación a los extranjeros y confiscación de bienes como las situaciones de inestabilidad política en las que se disgrega la autoridad estatal. De esta manera la protección diplomática, un derecho reconocido a los Estados por el Derecho Internacional que pudo tener, en algunas oportunidades, aplicaciones desmedidas, podría complementar su naturaleza estrictamente interestatal admitiendo un derecho individual y una correlativa obligación estatal de protección, en situaciones específicas, que afirmarían la participación del individuo en las relaciones políticas internacionales. Esta posibilidad es, sin embargo, una formulación que no ha alcanzado el nivel de norma jurídica.

⁵² DOJAS, Alberto E., *Amenazas, respuestas y régimen político*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, ps. 366/372 y ARREDONDO, Ricardo, *El uso de la fuerza como mecanismo de protección de los derechos humanos: de la intervención humanitaria a la responsabilidad de proteger*; Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010, inédita, ps. 47/55.

DERECHO INTERNACIONAL 2.0

Por JUAN ANTONIO TRAVIESO*

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez que hacemos click en una computadora e ingresamos en Internet, debemos tener en cuenta que estamos en condiciones de circunnavegar la tierra en milésimas de segundos. La *world wide web* (www), por esencia, es internacional. Tan internacional como lo son los satélites que transmiten informaciones, los cables submarinos que permiten la difusión con una fibra óptica de un ínfimo espesor, entre 10 y 300 micrones, y que transportan mensajes con haces de luz a enormes velocidades.

Así, una de las cuestiones también más actuales es la relación entre la tecnología y el Derecho. Por tanto, cuando relacionamos y articulamos al mundo globalizado en la actualidad, de inmediato surge la tecnología y, por supuesto, el vector más eficiente para su transmisión que es el Derecho Internacional.

Una frase muy antigua es que el Derecho Internacional es la ley de la tierra. Resulta interesante aplicar la ley de la tierra en la sociedad de la información.

De esta manera, en este espacio cibernético, que es global rige uno de los derechos más modernos: el Derecho Internacional.

Es muy difícil entender un espacio en donde no se hallen en juego la reglas del Derecho Internacional en interacción con las telecomunicaciones, video e informática, coordinadas por la ciencia y la tecnología conformando una red.

Por tanto, el abordaje temático se desarrolla en el campo de los paradigmas, y en especial en su proceso de cambios. Como se sabe, la palabra “paradigma” ha sido objeto de uso y abuso; aunque debemos reconocer que en esta materia se podría representar como una palabra estratégica. El cambio de

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Departamento de Derecho Público II Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador catalogado con la máxima jerarquía científica.

paradigmas, al estilo de Kuhn, en el Derecho Internacional y en la tecnología se ha presentado en los últimos años. Sin embargo, la realidad es que ese cambio operó mucho antes.

El proceso de cambios acelerados comenzó recientemente en cuestiones de alta tecnología. Por ello, es conveniente proceder de manera intertemporal entre el último cuarto de siglo y hoy.

Pasaron más de 500 años desde la invención de la imprenta y ahora nos estamos refiriendo a MB, a MSM, a WebCam, Skype, Facebook, Twitter. ¿Nuevos términos, nuevas realidades?

A veces tenemos la sensación de que el proceso de cambios tecnológicos va en un ascensor vertiginosamente, en tanto los cambios, en especial los del Derecho Internacional, ascienden por una escalera medieval paso a paso, lentamente.

El caso es que, ese proceso de cambio de paradigmas y de velocidades a los que hemos hecho referencia, presiona instalando lo que denominamos: Derecho Internacional 2.0.

II. TECNOLOGÍA Y DERECHO INTERNACIONAL. RELACIONES CIENTÍFICAS TEMPORALES Y ESPACIALES

Como este trabajo se escribe en el siglo XXI, hay que tener en cuenta los desarrollos de la tecnología y de la ciencia.

Se hacen necesarias varias observaciones.

La primera es con relación al tiempo, debido a que el Derecho Internacional, simplificando, se considera a partir de los Tratados de Westfalia (1680). De esa manera, se puede pues, considerar poco tiempo a más o menos cuatrocientos años y ello implica entenderlo con un criterio diferente del que se entiende generalmente. Es probable que la observación temporaria se refiera a la comparación con otras disciplinas que son seculares, como por ejemplo, el Derecho Civil con su tradición del Derecho Romano.

La segunda observación es la que se refiere al espacio. De allí surge el interrogante acerca de dónde se aplican las normas. Esta pregunta tiene en cuenta que la referencia a espacios implica tomar en cuenta lo que concierne a la concepción directa de los espacios, considerando las distintas épocas históricas, debido a que la disciplina del Derecho Internacional recién tiene extensión universal a partir de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a mediados del siglo XX.

Sintetizando, es a partir de esa época que comenzamos a visualizar ordenadamente los Estados en el mundo. Ése fue sólo el comienzo, pues las normas internacionales colonizaron rápidamente metabolizándose en todos los espacios terrestres, incluso se extiende al espacio ultraterrestre, en pleno ámbito tecnológico.

La tercera observación es la referente a los autores clásicos como Grocio, Vittoria, etc., quienes plantearon la existencia del Derecho Internacional con apreciaciones de orden filosófico desde el *iusnaturalismo*, el derecho natural, el *iusnaturalismo* racionalista, etc. Posteriormente, los filósofos del Derecho Internacional fueron los más importantes dinamizadores de esta materia. Más tarde, aparecieron los *neoiusnaturalistas* y los positivistas. Los principales expositores de este enfoque filosófico del Derecho Internacional fueron, entre otros, Rousseau, Kelsen, Verdross. Pero existen muchos otros autores del Derecho Internacional, que antes que internacionalistas, han sido filósofos del derecho.

Cabe preguntarse entonces, si en pleno siglo XXI, no deberíamos agregar en esta nómina a quienes han aportado a la tecnología y a la internacionalización del conocimiento, de manera decisiva e imprescindible: Steve Jobs y Bill Gates.

III. CODIFICACIÓN DINÁMICA Y TECNOLOGÍA

Umberto Eco supo registrar el valor de la información codificada. Recordemos que en su novela *El nombre de la rosa*, el conocimiento estaba guardado en antiguos códices dentro de monasterios inaccesibles. El nudo era que ese conocimiento codificado quedaba allí encerrado.

Fuera de la ficción, en la realidad, lo importante del conocimiento, y en especial de las normas, es que ellas fluyan por los capilares de la sociedad nacional e internacional y se metabolicen. En ese proceso se presenta una vinculación estrecha entre el modelo de organización social internacional y el modelo de codificación. Quizá por ese motivo es que, con abundantes razones, Habermas, en su obra *El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, considera que la sociedad internacional ha superado la visión kantiana, especialmente en lo que se refiere a la globalización del comercio, las inversiones y la producción, los medios, el mercado y los cambios culturales internacionales, los riesgos transfronterizos, el medio ambiente, etc.

Así pues, con la soberanía en disminución se presentan los problemas típicos de los Estados que requieren cooperación internacional, las organizaciones internacionales, los organismos no gubernamentales, junto con los tribunales internacionales que han acentuado sus nuevas competencias, como la Corte Penal Internacional.

En ese teatro de operaciones novedoso se presenta la codificación del Derecho Internacional.

Siempre que se refiere a codificación del Derecho en general se está aludiendo a un proceso habitual para incrementar la certeza jurídica. El problema en la sociedad internacional es que ésta opera dentro de valores heterogéneos. Precisamente allí es indispensable hallar un método apropiado para proceder a

la revisión del Derecho. El Derecho estratificado no puede soportar un proceso de cambios políticos, sociales y, en especial, tecnológicos.

De este modo, la codificación, en materia internacional, tiene como objeto sustituir la costumbre por una norma escrita y, al mismo tiempo, actuar en una finalidad conceptual que consiste en unificar el derecho y, al final del camino, incrementar la efectividad del Derecho Internacional. Homogeneizar, lo heterogéneo: esa es la tarea.

IV. DERECHO INTERNACIONAL. LOS CÓDIGOS SECRETOS

El tema consiste en desentrañar las claves del futuro. El estudio de las instituciones nos permitirá ir descifrando los códigos secretos del futuro que se avecina, en especial, con el desarrollo de la tecnología.

En el año 2000 había sólo doscientos cincuenta millones de usuarios de internet; en 2012, ya supera los dos mil millones de usuarios. La perspectiva es que, antes de la mitad del siglo XXI, todos los habitantes del mundo tengan acceso a internet. Este fenómeno es propio de la tecnología. Adviértase que, en lo referente a la telefonía móvil, las cifras han aumentado de quinientos millones de celulares a cinco mil millones. En muy pocos días, no años, cada habitante del mundo estará comunicado por teléfonos celulares. Mientras se producen los avances indicados, el Derecho se desarrolla a pasos de tortuga.

En ese sentido, Reisman ha considerado que, si un programa de computadora puede cambiar con sólo apretar una tecla, sería necesario que el Derecho Internacional se actualizara más rápida y eficientemente.

La preocupación general es que cada avance genera mayores riesgos en el futuro. La ciencia y la tecnología constituyen progreso y, al mismo tiempo, son riesgos para la ecología y la real supervivencia del hombre en el planeta pues, muchas veces, el énfasis está puesto en el crecimiento económico y no en el ambiente.

V. DERECHO INTERNACIONAL. RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS

Siempre hemos insistido en la relación que existe entre el Derecho Internacional y la *historia*. El desarrollo del Estado moderno significa, también, el desarrollo de nuestra materia. Así pues, se destaca la necesidad de contar con la explicación histórica, que aporta consistencia a la explicación jurídica. Surge, entonces, recordar los diferentes tratados de garantías, de alianzas, los tratados secretos del siglo XIX, los que fueron perdiendo prestigio posteriormente al constituir una diplomacia también secreta, alejada de la representatividad popular y que hacía que los dueños del poder fueran obligados sin su conocimiento.

Esas diferentes normas fueron desarrollando las fuentes del derecho, con sus efectos generadores y cristalizadores de normas jurídicas. A medida que fue avanzando la tecnología, también se expandió el Derecho Internacional. Acordemos que el desarrollo de la aviación surgió primero y, más tarde, las organizaciones internacionales que fueron normando el área. Lo mismo sucedió con las organizaciones internacionales que ordenaron los diversos espacios o disciplinas, como las relacionadas con el mar, la economía, los transportes, la energía, etcétera.

Tan importante es el devenir de la historia que se advierte que el siglo XXI se visualiza como el siglo XIX, esto es, con una verdadera balcanización. Por otra parte, también hay que tener en cuenta que, como consecuencia de la internacionalización, la Nación ya no tiene límites en el territorio del Estado y eso implica que el conocimiento no se restringe al medio, sino que se extiende a todo el planeta, porque el mundo del conocimiento no tiene fronteras. Este panorama también está impregnado por la tecnología. En poco tiempo se analizará el valor de *Facebook* o *Twitter* en la organización de manifestaciones o reclamos populares. Los últimos sucesos en Egipto. Libia, Siria acreditan lo expresado: Mubarak se vio obligado a cortar internet antes de ordenar la intervención policial. En China, siempre temen al poder de *Facebook*. No es lejana la idea de que las revoluciones hoy nacen, crecen y se expanden por *Facebook* y *Twitter*.

VI. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y TECNOLOGÍA

Uno de los temas que hacen a la ingeniería del Derecho Internacional es el que se refiere a la formación de las normas de este ordenamiento. Por tanto, tratar la formación normativa es entender el derecho, ya no sólo como ingeniería, sino como un desenvolvimiento cercano a la biología, dentro de un criterio evolutivo.

Por supuesto que la evolución de una u otra manera, o en mayor o menor medida, dependerá de múltiples factores, dentro de los cuales y, de manera predominante, se halla la actividad de los Estados. También hay que tener en cuenta la tecnología y el adelanto de los medios de comunicación e informatización. Dentro de pocos años, seguramente, se va a analizar la formación de normas mediante prácticas más o menos generales difundidas por internet. Los autores, en general, no toman en cuenta estos factores y a veces tenemos la sensación de estar desarrollando el Derecho Internacional en un antiguo cruce del siglo XVIII, que tardaba meses en cruzar los océanos cuando lograba llegar a destino, sin hundirse.

El Derecho, en su formulación, requiere de medios aptos para ese propósito. El análisis de la práctica estatal hoy será mucho más sencillo gracias a la digitalización. Hoy, todos los tratados están digitalizados y accesibles por internet.

Más allá de estos factores de aceleración persisten los lineamientos generales clásicos de la formación de las normas internacionales, predomina la presencia activa de los Estados y otros sujetos del Derecho Internacional que filtran, esto es, aceptan o rechazan, y, en general, siguen siendo los guardianes de la formación de derecho. Por supuesto, es evidente que esa actuación en materia de tratados internacionales exige el consentimiento expreso y en forma escrita como la clave de bóveda del sistema. Sin embargo, centralizar la formación del Derecho Internacional exclusivamente en los tratados hubiera significado una esclerosis pronunciada en el sistema, quedando todo el derecho reducido a su aspecto convencional, un Derecho cerrado dentro del círculo vicioso de la captación estatal, a partir del cumplimiento de protocolos y formas necesarios para la aparición de ese tipo de fuentes. Ello sin perjuicio de que serán los sujetos del Derecho Internacional —y, entre ellos, particularmente los Estados y los que surjan en el futuro— los que le darán el certificado de nacimiento a las nuevas normas de Derecho Internacional también fuera del ámbito del Derecho estrictamente convencional.

VII. DERECHO DE LOS TRATADOS

Siempre existe la tentación de recurrir a las instituciones típicas del Derecho Internacional contemporáneo. Lo que sucede es que, en un mundo informatizado y sometido a los avances de la tecnología, uno se siente impulsado a encarar la solución mediante un clic mágico.

En el derecho de los tratados no existe la posibilidad de esas soluciones instantáneas. Los acuerdos internacionales son el resultado de laboriosas etapas que, además, requieren la intervención de diferentes poderes del Estado. Las relaciones internacionales, no funcionan por medio de un *play*, también mágico, que nos permitiría instantáneamente poner en marcha lo que más queremos para la comunidad internacional.

El interrogante que se nos presenta es si vamos a recurrir o no a las fuentes tradicionales como, en este caso, los tratados internacionales. Hay una fuerte tentación a moverse con más libertad y a asignar a las fuentes una cierta elasticidad que permitiría que las relaciones internacionales sean más dinámicas, proactivas y no reactivas.

Cuando empezamos a trabajar sobre los tratados internacionales, hace más de cuarenta años, percibíamos un mundo complejo pero necesariamente sujeto a la regulación internacional por medio de los tratados. Hoy mantenemos esa misma creencia, aunque debemos reconocer que la realidad ha cambiado y nos impone ser pragmáticos y no dogmáticos. Más allá de cierto descreimiento, en el que nos encontramos sumergidos, lo verdaderamente cierto es que conservamos la convicción de que el derecho de los tratados es una condición necesaria para el Derecho Internacional. Lo que queda por develar es si además de condición necesaria, es condición suficiente.

VIII. CUESTIONES DE SOBERANÍA Y TECNOLOGÍA

Como expresamos anteriormente, en la actualidad, los sectores claves del futuro, como las telecomunicaciones, la informática y el video, presentan la soberanía más como un obstáculo que como un requisito. La soberanía, pues, se muestra como un elemento que interesa cada vez menos y luce reducida sólo en los aspectos impositivos y fiscales, aunque cada vez en forma más laxa. Las transacciones internacionales se hallan fuera del control soberano y no pagan impuestos. La consecuencia se advierte en el caso de las crisis financieras internacionales, como la de 2010 y 2011, y la falta de reflejos del Estado contemporáneo. La consecuencia inevitable es que el Estado contemporáneo, en principio, aparece inerte ante amenazas globales como la del terrorismo, que carece de una base territorial determinada y aprovecha todas las ventajas de la globalización. Todo este tema se agrava en la relación del Derecho con la tecnología.

Así es entonces que la globalización trae buenas y malas noticias. En primer lugar, una nueva noción de soberanía. El destino del Derecho Internacional tiene relación con el modelo de Estado que se diseña para los próximos años y, en ese diseño, la tecnología tiene un papel esencial.

Sobre la base de la agenda internacional es imposible pensar el mundo sin conceptos vinculados a la tecnología.

IX. DERECHO ESPACIAL Y TECNOLOGÍA

En realidad, la doctrina no ha hecho otra cosa que seguir los cambios de la tecnología. Desde los satélites artificiales hasta el descenso del hombre en la Luna se han efectuado diversas distinciones entre el espacio aéreo y el espacio exterior. Los Estados han intentado extender la soberanía a altitudes cada vez mayores con fundamento de la existencia o no de la atmósfera, la fijación arbitraria de una distancia (cien millas), la distancia a la que puede ascender una aeronave con empuje aerodinámico, la distancia en que un satélite puede ser colocado en órbita, la línea de Von Kármán (mezcla del empuje aerodinámico con otros factores), la no existencia de atmósfera estimada alrededor de unas mil millas.

Las doctrinas no han variado desde su punto sustancial, esto es, se ubican en argumentos técnicos, teóricos o funcionales. En los extremos de todas esas posiciones se hallan las doctrinas acerca de la extensión de la soberanía sin límites sobre el territorio estatal y, por otro lado, la de la distancia en la que un Estado puede ejercer un control efectivo.

En realidad, todos los argumentos expuestos durante los años setenta y ochenta ya habían sido considerados durante los años cincuenta y quizá lo que habría que analizar es la práctica corriente de los Estados en la aplicación de

regla de conducta que es observada por los Estados de la comunidad internacional.

Es evidente que, en la práctica, los estados, en el caso de los satélites que orbitan, aplican el principio de la libertad del espacio exterior. Se ha afirmado que la soberanía de los Estados suprayacentes no se extiende, por lo menos, fuera de los límites de los bajos perigeos de los satélites que orbitan la tierra.

Esta posición se halla no solamente en las normas internacionales, sino en la actividad espacial de los Estados. El desarrollo de estas normas es de tal magnitud que han creado un derecho consuetudinario en esta materia. Hay una gran cantidad de normas internacionales entre las que destacamos: la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización de los espacio extraterrestre (resolución 1962, Asamblea General de la ONU, 13 de diciembre 1963), el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en exploración y utilización del espacio extraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (1967), el Acuerdo que debe regir la actividad de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (art. XI, párrs. 1º y 5º, en el que la Luna y sus recursos se consideran patrimonio común de la humanidad). También, la Convención sobre rescate de aeronautas y devolución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1967 (ochenta y ocho Estados parte en 1987) y la Convención Internacional de Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales de 1973 (ochenta y un Estados parte en enero de 1987).

Se observa la aceptación de la práctica de la regla de Derecho Internacional por parte de Estados que no son potencias espaciales y que manifiestan, a través de su conducta, una suerte de consenso tácito al no protestar con el fundamento de la soberanía estatal en especial en las actividades realizadas a la más baja altitud.

Cabe reflexionar si todas estas prácticas no están poniendo de manifiesto la existencia de la soberanía colocándonos dentro del contexto de Meyer, que decía que para hacer desaparecer la soberanía de los Estados habría que hacer desaparecer a los mismos Estados.

La polémica seguirá abierta, aunque contemporáneamente los cambios que ha sufrido la realidad internacional quizá impongan otras características en el debate. Lo cierto es que la definición de un límite, sea en la doctrina que fuera, significa el límite en la aplicación de la soberanía estatal con una tecnología cada vez más expansiva.

X. RESPONSABILIDAD Y TECNOLOGÍA

El Derecho Internacional se está desarrollando de manera sincrónica con la ciencia y la tecnología. Hasta ahora hemos visto que la responsabilidad internacional del Estado nos remite a la tríada: obligación, hecho ilícito y sanción. Lo cierto es que también se puede producir responsabilidad por actos

no prohibidos por el Derecho Internacional. Esta tendencia actual de atribuir responsabilidad al Estado sin existencia de hecho ilícito ha suscitado grandes debates.

Además, la obligación de reparar, en principio, surge cuando se viola una norma de Derecho Internacional por acción o por omisión. No obstante, diferentes debates en la esfera de la responsabilidad internacional han llevado a establecer una responsabilidad de tipo objetiva a través de la teoría del riesgo, que surgió primero en el derecho interno, especialmente en el derecho laboral, en todas aquellas actividades ultrapeligrosas. La premisa central es que cuando se crea este tipo de actividades, por el riesgo que se generan y/o en caso de que haya algún tipo de daño, se establece la responsabilidad objetiva.

La cuestión acerca de si la soberanía cede en casos de polución adquiere gran importancia, sobre todo teniendo en cuenta la tecnología moderna y los desarrollos que pueden afectar el medio ambiente. Esto significa producir un cambio sustancial en cuanto al sistema de responsabilidad en general.

El profesor Handle, afirmó que no ha existido un segundo caso “Trail Smelter” en la historia, quizá debido a que los Estados son remisos a sujetarse a una decisión jurisdiccional de esta naturaleza. Expresa que hay un movimiento hacia la adopción de normas de *soft law* que reflejan un sentido de *soft responsibility* de los Estados en asuntos internacionales, concluyendo que el principio 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, referente a no causar daño en el medio ambiente de otros Estados, está ampliamente aceptado por los Estados como un principio del derecho consuetudinario más allá del contexto del caso “Trail Smelter”.

Los avances de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en este tema no han sido tan destacados como los anteriormente desarrollados. En ese sentido, pues, la CDI ha obtenido algunos resultados de interés. Así, en 2004, se completó la primera lectura del borrador del preámbulo y de ocho principios sobre la atribución de las pérdidas en el caso de daños transfronterizos surgidos de actividades ultrapeligrosas. Ese texto ha sido receptado por la Asamblea General y en el seno de la sexta comisión.

En este sentido, el principio 5 establece que en caso que ocurra un incidente relacionado con actividades ultrapeligrosas, que ocasione o pueda ocasionar daño transfronterizo, el Estado de origen debe notificar a todos los Estados afectados o que puedan ser afectados, asegurándose de que se tomen las medidas necesarias de acuerdo con la tecnología e información científica disponible y a tal fin debería solicitar, cuando fuera necesario, la cooperación de todos los Estados en cuestión, de modo de mitigar los efectos del daño y, de ser posible, eliminarlos.

Por su parte, los Estados afectados o que puedan ser afectados por el daño transfronterizo también deben tomar todas las medidas posibles. Todos los Estados en cuestión deberán solicitar asistencia de las organizaciones internacionales competentes y/o de otros Estados, cuando sea necesario, bajo términos

y condiciones mutuamente aceptables. Se trata, en este caso, de intentar la *restitutio in integrum*.

XI. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS INTELECTUALES

El Derecho Internacional económico, es el ámbito en el que el Derecho Internacional presiona de manera más evidente en su relación con la tecnología. Hay múltiples aspectos vinculados con esta temática. En ese sentido, y a modo de ejemplo, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual, deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones. Pese a lo expuesto, no existen datos empíricos que demuestren que efectivamente una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual ha generado transferencia de tecnología.

Recordemos que los derechos de propiedad intelectual incluyen varias categorías de derechos (para reflejar los distintos tipos de creaciones intelectuales): derecho de autor y conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, protección de la información no divulgada.

En cuanto a los derechos de autor, no sólo protegen los derechos de autores de obras literarias y artísticas (libros, composiciones musicales, esculturas y pinturas), sino que también a los artistas ejecutantes (intérpretes), productores de fonogramas, creadores de *software* y de bases de datos. Usualmente, se considera derechos de autor y conexos, según su régimen original, centrado en los derechos del autor, entendiéndose por conexos al de los intérpretes. Toda esta problemática se pone de manifiesto en la difusión de tema musicales por internet y la posibilidad de bajarlos en cada una de las computadoras

Así pues, en el Derecho Internacional económico, la tecnología obliga al derecho a actualizarse cotidianamente en cualquiera de sus campos.

XII. DERECHO INTERNACIONAL, TECNOLOGÍA Y DERECHO DEL MAR

En la realidad internacional, con el crecimiento horizontal del Derecho Internacional, con una multiplicidad de nuevos Estados que pugnan exigiendo el reconocimiento de sus atributos soberanos en lo referente a las inmunidades diplomáticas y jurisdiccionales, la soberanía territorial y la igualdad de derechos en el plano internacional exige una reorientación, tomando en cuenta la expansión de la tecnología.

La reorientación señalada se justifica también por el crecimiento vertical del Derecho Internacional, con nuevas materias impulsadas por la tecnología. Así, la separación de los Estados, y aun la de los continentes, no reviste la importancia que se le atribuía en el pasado.

Dentro de esa reorientación se encuentra la soberanía que, por exceso o por carencia, no alcanza para definir las prácticas internacionales en los espacios marítimos vinculantes como en el mar territorial.

El derecho de comunicación, las exigencias de un uso racional, la subsistencia y conexidad entre tierras y aguas permiten un nuevo enfoque en el que los derechos están contrapesados con los deberes.

Por tanto, en la coordinación de derechos y responsabilidades, en la cooperación y en los planteos comunes, que hallaremos el concepto de soberanía adaptado al derecho del mar y al Derecho Internacional en general.

En 1967 comenzó a replantearse la cuestión del derecho del mar a la luz de los avances tecnológicos. De esa manera, en 1967, el representante de Malta puso a consideración el futuro régimen de los recursos del lecho marino.

Muchos países simpatizaron con el tema dentro de una argumentación retórica que consideraba que estaba en ciernes una explotación marina que implicaría la riqueza de los pobres. Pocos años después, la Asamblea General de la ONU declaró patrimonio común de la humanidad (en adelante, PCH) los fondos marinos más allá de las jurisdicciones nacionales (res. 2749/1970).

A partir de entonces, comienza la nueva historia del derecho del mar, que se desarrolló en Nueva York, Jamaica y Ginebra. Las discusiones fueron múltiples y los países subdesarrollados utilizaron este tema para gatillar el nuevo orden económico internacional, como paso previo de un nuevo orden político, poniendo el acento en el cambio tecnológico.

Como se verá más adelante, se opusieron varios grupos contrapuestos: los Estados marítimos desarrollados, los Estados en vías de desarrollo, los Estados con litoral y sin él y aquellos en situación geográfica desventajosa. De un espacio marítimo prácticamente uniforme, se comenzaron a abrir clasificaciones y subclasificaciones. Poco tiempo después, la discusión sobre el reparto de los recursos económicos comenzó a disminuir al descubrirse que no había posibilidad de obtenerlos a corto plazo. A partir de allí, comenzó el debate sobre la transferencia de tecnologías y se planteó la disyuntiva de acceder a ellas a cambio de posibilitar el acceso a la explotación. Todo este cuadro de situación se agravó pues, además de las diferencias económicas, había diferencias de carácter ideológico.

Transcurrida más de una década, la III Conferencia sobre Derecho del Mar ha cumplido con el mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas: el día 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica, ciento diecinueve Estados, que representan más de las dos terceras partes de la comunidad internacional, firmaron la nueva Convención sobre Derecho del Mar, que constituye la más completa y ordenada regulación de los aspectos marítimos.

La III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, luego de once períodos de sesiones entre el 3 de diciembre de 1973 y el 10 de diciembre de 1982, ha constituido el más grande esfuerzo en la historia de las relaciones internacionales. La negociación fue emprendida por delegaciones de ciento sesenta y cuatro Estados, que terminó con la conclusión de la Convención del Derecho del Mar de Montego Bay, Jamaica, dentro de un derecho en el que se destaca la creatividad y el esfuerzo transaccional, a través de trescientos veinte artículos que regulan todos los espacios marítimos.

Uno de los temas en los que la tecnología ha influido de manera determinante sobre el Derecho Internacional es el referido a la anchura del mar territorial. Así, se estableció esa anchura hasta un límite que no excediera las doce millas marinas medidas a partir de las líneas de base. El objetivo que no pudo cumplirse en la Convención de La Haya de 1930, ni en las Convenciones de Ginebra de 1958 y 1960, se consiguió en la Convención del Mar de 1982 (CDM). Este éxito obtenido tiene un gran valor, pues la comunidad internacional de 1930 y la de 1960 son bien distintas a la de la actualidad, por su crecimiento horizontal. Adviértase que se logra el acuerdo entre naciones marítimas fuertes que apoyan zonas angostas de aguas territoriales y las naciones débiles que están a favor de aguas territoriales más anchas y extensas. A pesar de todos los conflictos de intereses en juego, con multiplicidad de actores y en medio de nuevas condiciones de tecnología, comunicaciones, exigencias militares, etc., se logró el acuerdo mínimo que permite establecer un límite definido de la anchura del mar territorial: doce millas marinas a partir de la línea de base.

Una vez fijada la anchura del mar territorial, la pregunta es: ¿a partir de dónde se comienza a contar esa extensión? Hay distintos sistemas que fueron evolucionando con el tiempo y la tecnología, desde los más simples hasta los más complejos, que luego se vieron reflejados en las cartas marítimas establecidas en la CDM. Debe tenerse presente que el sistema de delimitación que se adopte va a influir sobre los espacios marítimos relacionados con la extensiones que se establezcan.

En el marco de la CDM, un ejemplo elocuente, es el referido a la transmisión de tecnología. En la conferencia, fue una temática de difícil negociación, pues se trató de establecer la obligación de transmitir la tecnología a los países en desarrollo en iguales condiciones que a la empresa explotadora de la zona. Los dueños de la tecnología eran renuentes a una transmisión de ese tipo y los demás Estados deseaban tenerla a bajos costos, para afectarla a sus procesos de crecimiento. Es increíble el cambio de óptica en esta materia en un término menor a medio siglo, pues el acceso a la tecnología ya no constituye un problema para los países subdesarrollados o emergentes. Todo lo contrario, los Estados desarrollados venden tecnología y, además, otros Estados que en la década del 60 eran subdesarrollados tecnológicamente, hoy son competidores.

XIII. DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE Y TECNOLOGÍA

Los problemas ambientales globales crecen cada día más, cada vez las soluciones son más complejas. Entre los grandes problemas ambientales se encuentra el calentamiento global, la desertificación del suelo, el deterioro de la capa de ozono, la deforestación, la pérdida de biodiversidad, la generación de residuos, no sólo por su cantidad sino también por su calidad, cada vez es más difícil y costosa su eliminación, la contaminación de las aguas y el aire, los cambios en los sistemas hidrológicos y en las reservas de agua dulce, la degradación de la tierra. A estos fenómenos hay que adicionarle el crecimiento de la población, las presiones ejercidas sobre los sistemas de producción de alimentos y los niveles de consumo, dado que son una amenaza para la salud humana.

Podemos afirmar que a problemas ambientales globales corresponden soluciones internacionales comunes. Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. La cooperación internacional es una de las herramientas más efectivas para lograr el desarrollo sostenible, erradicar la pobreza y reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo, tal como surge de la integración de los principios de la Declaración de Río de 1992.

Un punto central en la cooperación se vincula con el propósito de desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.

En la Declaración de Estocolmo de 1972, se estableció que todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados.

Si bien la cooperación se extiende desde un plano de igualdad respecto de todos los Estados, no todos se encuentran en iguales condiciones de desarrollo para su implementación y así, pues, se puede afirmar que los mismos Estados han contribuido en distinta medida a la degradación del ambiente.

En tal sentido, en la Declaración de Río se establece que los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de los que disponen.

La Agenda 21 de Río 92 prevé que una gran proporción de los conocimientos tecnológicos útiles es de dominio público. Es necesario el acceso de los países en desarrollo a las tecnologías que no estén protegidas por patentes o sean de dominio público.

Si bien cada Estado debe fortalecer sus propias capacidades de desarrollo, es muy importante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos y la transferencia de tecnologías nuevas e innovadoras entre ellos.

Por su parte la Convención sobre Diversidad Biológica de 1993, compromete a los Estados signatarios a adoptar las medidas necesarias a fin de cumplir con los objetivos de conservar la biodiversidad, posibilitar el uso sostenible de sus componentes y distribuir equitativamente sus beneficios. Asimismo, determina que los países subdesarrollados deben tener acceso a recursos financieros y adicionales y nuevas tecnologías, para poder adoptar y ejecutar las prácticas de preservación de la biodiversidad.

XIV. DERECHOS HUMANOS Y TECNOLOGÍA

Los derechos humanos y la tecnología se instalaron en la sociedad después de la Segunda Guerra Mundial. La Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Informática han tenido origen en la misma época, casi por casualidad.

Los primeros experimentos científicos de Norbert Wiener, el padre de la "cibernética", datan de 1940 y estuvieron vinculados con el esfuerzo bélico norteamericano (corrección del disparo en aeronaves y reglas de cálculo matemático veloz para la primera bomba atómica).

Estamos lejos de admitir beneficios derivados de la guerra, sin embargo, el desarrollo internacional de los derechos humanos y el embrión de la informática se han producido en una misma etapa histórica crucial. Los derechos humanos se establecieron en el derecho positivo, como técnica de un estado autodeterminado en una sociedad democrática. La informática, por su parte, se desarrolló dentro de la guerra y tomó auge, como es de imaginar, en la paz. La influencia de ambas disciplinas es, pues, esencial y por tanto, los derechos humanos y la tecnología en simbiosis, configuran el perfil del siglo XX y del XXI.

Lo cierto es que la tecnología tiene una influencia decisiva en los procesos productores contemporáneos al manejar un cúmulo de información, que es transmitida a distintos Estados, por medio de telecomunicaciones por satélites.

Ese cúmulo de informaciones puede también incluir datos médicos, raciales, políticos, religiosos, etc., datos de carácter personal. ¿Existe alguna posibilidad, entonces, de controlar el desborde de esos datos personales? ¿Cuál es el ámbito que debe protegerse? ¿Debe anteponerse la información a la privacidad?

Algunos autores de ciencia-ficción han planteado una sociedad informática centralizada en la que el hombre no tiene escape. Sus movimientos, hábitos de consumo, su vida cotidiana y por tanto su libertad se hallan controlados por un computador; la vida es igual a la de un campo de concentración.

En estos enfoques, pues, surge la necesidad de proteger adecuadamente los derechos humanos de la sociedad democrática que debe realizar un delicado equilibrio entre la transparencia de la información y el respeto de los ámbitos de privacidad, ubicada esta última dentro de un amplio concepto social. La privacidad será entendida, en consecuencia, no como un derecho de una sociedad individualista y disgregada. Será, en fin, un derecho que se fundamenta en la integración social dentro de la sociedad democrática que dará lugar a la nueva disciplina de la “Protección de los datos personales” con una presencia real de los seres humanos en la organización social y política.

Otro aspecto que se ha considerado es el de la interconexión de temas como los de la informática y los derechos humanos que exige su consideración conjunta.

Es evidente que, en el análisis de estas cuestiones, es necesario el estudio interdisciplinario. La tecnología no espera que los psicólogos, sociólogos, historiadores y juristas se pongan de acuerdo. Sucede, pues, que todas estas disciplinas desconectadas van a la zaga de la tecnología.

Los juristas generalmente desconfían de la acción interdisciplinaria. Parecería que miran la sociedad en un solo espejo que les devuelve sólo sus propias imágenes, muchas veces fuera de la realidad.

La informática admite, por el contrario, su carácter interdisciplinario. Norbert Wiener, en la década del cuarenta, mientras esperaba un tren, entabló conversación con el joven neurólogo Pitt, al que invitó a presenciar sus experimentos. La sorpresa del neurólogo fue mayúscula al descubrir que la máquina de Wiener reproducía a grandes rasgos las características del sistema nervioso humano. Esa anécdota ilustra suficientemente que la cibernética, tal como la presenta Norbert Wiener, fue ante todo la coordinación de conocimientos provenientes de sectores científicos diversos.

Nuestro enfoque de los derechos humanos es interdisciplinario y en la vinculación con la tecnología se hace más concreto este planteo.

Así entonces, se advierte que por nuestra parte, hemos transitado desde el punto de vista académico, un itinerario plural a caballo de ambos temas en un sendero interdisciplinario en el que el cruce de caminos se presentaba un desafío: ciencias de la información y ciencias del derecho.

Es así que, entre otros autores, Stefano Rodota considera que ha nacido una nueva concepción de persona, a cuya proyección en el mundo corresponde el fuerte derecho de no perder nunca el poder de mantener el pleno control sobre un cuerpo que ya es, al mismo tiempo, “físico” y “electrónico”. Precisamente de aquí nace la invocación de un *habeas data*, indispensable desarrollo de aquel *habeas corpus* del cual se ha desarrollado históricamente la libertad

personal. Y esto significa que no podemos poner la mano sobre los datos personales, sobre el cuerpo electrónico, si esta no es una medida compatible con la sociedad democrática.

Spiro Simitis ha señalado que la libertad de información no debe ser sacrificada en el altar de la protección de datos personales, ni éstos deben ser abandonados para establecer la libertad de información.

La descripción del nuevo paisaje tecnológico y de las transformaciones que conlleva se presenta así no como un discurso cerrado, sino como el camino que deber ser recorrido para alcanzar la plena comprensión de los efectos sociales de las tecnologías de la información y de la comunicación.

La tecnología irrumpe en la vida cotidiana y así se advierte la relación entre ésta y los derechos humanos. Un caso paradigmático lo constituye el de los Estados de la Unión Europea, con posiciones diferentes. Por una parte, Finlandia dio un paso unilateral y avanzó en la legislación y declaró la banda ancha como derecho humano. Por la otra, lo opuesto, la ratificación por parte del gobierno francés de Nicolas Sarkozy de la negativa del acceso a internet como derecho fundamental.

Por lo visto, un nuevo debate ha nacido. Todo ello sin desarrollar lo referente al proceso que se está gestando de *Cloud computing* (computación en la nube), por el que ya no hace falta ningún equipamiento informático y todo los datos se hallan depositados en un almacén de datos en el que la soberanía es absolutamente trivial.

XV. CONCLUSIONES

Un análisis de la evolución del Derecho Internacional exhibe una tendencia progresiva a la expansión del círculo de sujetos, al crecimiento de la sociedad, al aumento de la tecnología y de las nuevas personas a cargo de la operación de la realidad internacional.

La actualidad signada por la tecnología, va presentando nuevas situaciones y así, por ejemplo, lo más nuevo es el tema de los grupos de personas, unificados por una problemática determinada, el derecho de las pequeñas comunidades que a veces pueden llegar a ser grandes comunidades. En otros casos, esos grupos se unifican en ONG's que comienzan a influir en el Derecho Internacional del siglo XXI.

En una sociedad influenciada por sistemas tecnológicos de comunicación a través de redes sociales es fundamental incentivar la interacción entre el pensamiento de la sociedad y la realidad internacional. Los sucesos acaecidos en Egipto, Libia y Siria son suficientemente elocuentes.

La ciencia, la política y el Derecho Internacional deben entenderse de manera complementaria para producir la articulación que necesita la sociedad internacional.

En un mundo de profundos cambios tecnológicos, en donde cada uno de los habitantes tiene un teléfono, una televisión o hasta una computadora, es imposible entender la sociedad internacional como una estructura rígida que funciona como en la Edad de Piedra.

Vivimos una era de reestructuración, en la que la globalización se expande en tanto que se incrementa la fragmentación y la afirmación de las diferencias, se amplían las zonas de paz y aumentan las zonas donde hay violencia, se crea riqueza sin precedentes pero hay bolsones de gran pobreza, la voluntad y los derechos de los pueblos se celebran y se violan al mismo tiempo, la ciencia y la tecnología mejoran la vida humana pero sus efectos secundarios amenazan los sistemas que sustentan la vida en el planeta.

Para este propósito la herramienta indispensable será el Derecho Internacional 2.0.

COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL
DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y LA SOLUCIÓN
JURISDICCIONAL ADMINISTRADA POR EL CENTRO
INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Por ALEJANDRO TURYN*

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de las inversiones extranjeras es una de las materias de la disciplina del Derecho Internacional Público que en los últimos años ha tenido mayor efervescencia y difusión. En efecto, la puesta en marcha de múltiples procedimientos para solucionar controversias en esta materia ha generado, y lo continúa haciendo, un importante caudal de decisiones internacionales, doctrina y opinión con un gran impacto en el desarrollo y evolución de esta materia y del Derecho Internacional en general.

Este fenómeno, junto con el creciente número de instrumentos internacionales que se refieren a esta temática, así como los continuos intentos de reformulación, impulsan la realización del presente trabajo, que tiene como objetivo efectuar algunos breves comentarios y descripciones generales sobre los aspectos más salientes de esta área del Derecho Internacional Público. La intención es realizar una aproximación concreta a la materia pero sin pretender

* Por Alejandro Turyn, abogado (UBA) especialista en Derecho Internacional Público. Profesor de Derecho Internacional Público en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Adj. int.) y la Universidad de Palermo (Asociado), Abogado Asesor de la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor Adjunto de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Todas las traducciones al idioma castellano son libres y propias. La opinión del autor no necesariamente implica la opinión de las instituciones con las se encuentra afiliado.

Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades correspondientes al Proyecto de Investigación UBACyT 20020100300082 “Personalidades conflictivas: aportes para una (de)construcción de la noción de ‘sujeto’ en el Derecho Internacional” (Categoría de Jóvenes Investigadores), aprobado y financiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires (Programación Científica 2011/2014).

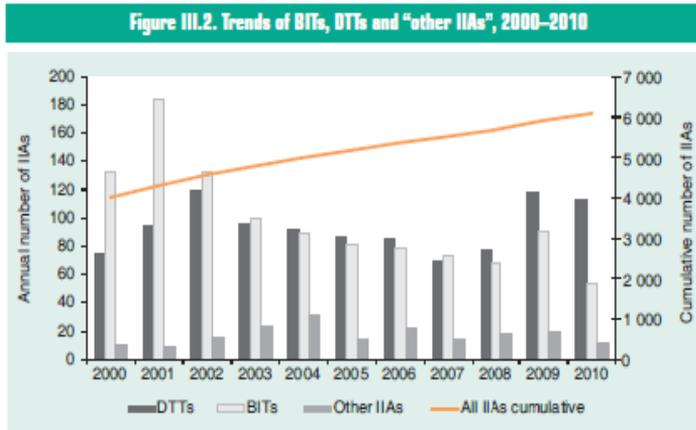
agotar todas las posiciones, teorías y posturas existentes sobre las complejas cuestiones que involucra el Derecho Internacional de las inversiones extranjeras, tarea que por cierto demandaría varios tomos de una obra enciclopédica.

Ahora bien, la mayoría de los autores sitúa la raíz del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras en el denominado “derecho de extranjería” así como en los antiguos “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” suscritos por numerosos Estados durante el siglo XIX y parte del siglo XX. Dicho Derecho Internacional, consuetudinario y convencional, constituye ciertamente la génesis de una parte del contenido sustancial del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras como son los estándares de tratamiento contenidos en los actuales Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (en adelante, TBIs). No obstante, esta rama comprende mucho más que dicha evolución ya que también involucra normas sobre el desarrollo económico de los Estados, sobre la provisión de métodos concretos para la solución pacífica de controversias (dejando de lado la llamada *gunboat diplomacy* o “diplomacia del cañonero” o “de los cañones”), entre otros aspectos, que deben además entenderse como parte de un sistema integral del Derecho Internacional Público.

Cierto es que una buena parte del *corpus* de esta rama la conforman en efecto los 2807 TBIs existentes hoy en día, de acuerdo a los últimos datos de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (conocida como UNCTAD por sus siglas en inglés)¹. A ellos deben sumarse otra clase de acuerdos internacionales, más amplios, generalmente denominados Acuerdos Internacionales de Inversión (en adelante IIAs, por sus siglas en inglés) que suelen contener capítulos relativos al Derecho Internacional de las inversiones con reglas similares a los TBIs, tales como Acuerdos de Libre Comercio, de Complementación Económica, entre otras especies, pudiendo estos ser multilaterales o bilaterales. De esta última clase de acuerdos existen aproximadamente 209, según los datos de la citada agencia de la Organización de las Naciones Unidas². Como se puede ver en el siguiente cuadro, el número total de esta clase de acuerdos, sumados a los acuerdos para evitar la doble imposición tributaria, continúa creciendo llegando a más de 6000.

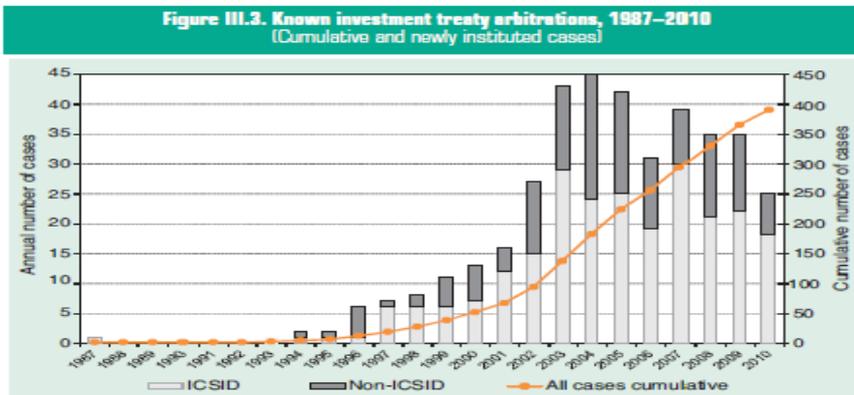
¹ UNCTAD, *World Investment Report 2011* (UNCTAD/WIR/2011), CHAPTER III, p. 100, [en línea] http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf [Consulta: 5 de abril de 2012].

² *Ibid.*



Source: UNCTAD, based on IIA database.

Además del efecto cuantitativo del fenómeno, en lo que hace a su estructura convencional, debe considerarse, como dijimos, la gran cantidad de procedimientos que existen sobre esta materia. Los registros actuales cuentan de que, hacia el final del año 2010, 390 disputas sobre Derecho Internacional de las inversiones fueron sometidas a procedimientos jurisdiccionales internacionales, principalmente aquellos dispuestos en los TBIs o IIAs³, aunque también la jurisdicción internacional puede acaecer por otros medios. Estas diferencias han sido presentadas en diversos foros, siendo el más frecuente el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (con 245 casos al final de 2010)⁴, como se puede ver en el siguiente cuadro del informe de la UNCTAD citado.



Source: UNCTAD, ISIDS database.

³ *Ibid.*, ps. 101/102.

⁴ *Ibid.*

Debe notarse, además, que los procedimientos antes descriptos pueden acarrear la toma de múltiples decisiones separadas, ya sea sobre cuestiones procesales, medidas preliminares, decisiones sobre admisibilidad, sobre jurisdicción, sobre el fondo del asunto, sobre la compensación correspondiente, sobre responsabilidad, etc. Además, la solución jurisdiccional de controversias suele llevarse a cabo a través de procedimientos arbitrales *ad hoc* compuestos por árbitros de diverso origen, formación académica y profesional, lo cual genera una cierta dispersión, o hasta contradicción, en las decisiones. No obstante, la conformación de un sistema *ad hoc* fue precisamente buscada por los Estados para solucionar las controversias relativas a inversiones extranjeras, tal vez atraídos por las diversas ventajas que ello implica⁵, pero no por ello puede justificarse que hayan de alguna renunciado a la correcta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional o de los principios de interpretación del Derecho Internacional general⁶.

En resumidas cuentas, podemos entonces decir que, en su parte sustancial, el Derecho Internacional de las inversiones extranjeras es aquella rama del Derecho Internacional que se ocupa de regular la conducta de los Estados en cuanto receptores de inversiones extranjeras por parte de inversores extranjeros en la medida en que ambos (inversión e inversor) se encuentren protegidos por una norma internacional⁷. En general, esta norma internacional deviene actualmente de TBIs y/o IIAs, aunque también el derecho consuetudinario y los principios generales de derecho juegan un papel muy relevante como fuentes formales tanto de manera integradora como específica (como parte de la propia rama o *lex specialis*). De hecho, no sólo las normas relativas a este campo deben tenerse presente al tratar una cuestión dentro de ella sino que debe considerarse también a todas las otras normas del Derecho Internacional que pudieran ser aplicables, en particular aquellas que informan otras

⁵ La mayor ventaja de un sistema *ad hoc* resulta de que no es necesario solventarlo constantemente por las partes que no utilizan el sistema, por la flexibilidad que otorga, entre otras razones.

⁶ TURYN Alejandro, “Comentarios sobre las fuentes del derecho internacional en la protección de las inversiones extranjeras”, en PINTO, Mónica (comp.) *et al*, *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, ps. 149/168. Muchas de las críticas que soporta el derecho internacional de las inversiones extranjeras omite tratar a esta materia como parte o rama de la disciplina del derecho internacional general. Lo cierto es que el derecho internacional de las inversiones es parte del Derecho Internacional Público y, por ende, no está ajeno a sus reglas generales, aunque como cualquier otra rama, tiene cierta especificidad.

⁷ Puede diferenciarse, como algunos autores lo señalan, la parte sustancial de esta rama del derecho internacional del proceso y efectos del arbitraje internacional de inversión (*Investment Treaty Arbitration*). Algunos autores consideran a tales procedimientos arbitrales de solución de controversias entre Estados y personas privadas relativos a inversiones deben ser considerados “mixtos” o *sui generis*, es decir, conteniendo elementos tanto de derecho internacional público como privado. Ver DOUGLAS, Zachary, *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 6.

obligaciones del Estado que se trate⁸, dado que no estamos frente a un régimen auto-contenido o aislado (*self-contained regime*)⁹ —si ellos son posibles— del Derecho Internacional¹⁰.

I. FUENTES DE DERECHO Y DERECHO APLICABLE PARA SOLUCIONAR UNA CONTROVERSIASIA

Al ser una rama del Derecho Internacional Público resulta claro que las fuentes creadoras de derecho son los tratados, el Derecho Internacional consuetudinario y los principios generales de derecho, conforme lo codifica el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esas son, al menos actualmente, las únicas formas en las que las normas del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras pueden crearse. No obstante, a fin de resolver determinadas controversias y por el tipo de operaciones y actores involucrados, ciertos tribunales arbitrales *ad hoc* se encuentran facultados expresamente por los tratados que controlan la materia a decidir no sólo conforme a las normas internacionales sino también a otras normas, usualmente de derecho interno del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, la fuente de este “reenvío” es la propia norma internacional, operación usual en el Derecho Internacional Público¹¹. Estas disposiciones se denominan de “derecho aplicable” y son co-

⁸ En particular debemos prestar especial atención a las normas imperativas y aquellas otras que deben tenerse en cuenta al analizar ciertas conductas de los Estados, como, por ejemplo, aquellas con efectos *erga omnes*. Sobre el particular, ver en general DUPUY, Pierre-Marie, PETERSMANN, Ernst-Ulrich y FRANCONI, Francesco (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, 2009.

⁹ La noción de régimen *self-contained* (auto-contenido) tiene sus orígenes en el caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán (“EE.UU. v. Irán”), en donde la Corte Internacional de Justicia (CIJ) consideró que el derecho diplomático era un régimen *auto-contenido* porque establecía las obligaciones de los Estados bajo ese régimen, describía los posibles hechos ilícitos que podrían originarse y especificaba los remedios para corregir tales hechos. Ver 1980 ICJ Reports 3, p. 40, párr. 86. Un TBI o un IIA no cumplen con las condiciones enumeradas por la CIJ para ser considerado un *self-contained régime*.

¹⁰ TURYN, Alejandro, “Comentarios sobre las fuentes del derecho internacional...”, cit., ps. 164/167. Ver también, “MTD Equity Sdn Bhd v. República de Chile”, Caso CIADI nro. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación; “Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka”, CIADI, Laudo de 1990, 4 ICSID Rep 245: [a BIT] *is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature.* (“[Un TBI] no es un sistema legal autónomo cerrado limitado a establecer normas en materia sustantiva de aplicación directa, sino que tiene que contemplarse dentro de un contexto más amplio en el que las normas jurídicas de otras fuentes se integran a través de los métodos de incorporación implícitos o por referencia directa a ciertas normas complementarias, ya sea de derecho internacional o de derecho interno”).

¹¹ Ver, *inter alia*, Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 56/83 (UN Doc. AG/Res. 56/83), art. 4.2.

munes en los TBIs y otros IIAs, siendo tales las normas que deben aplicarse, principalmente por un Tribunal Arbitral, para zanjar una determinada controversia dentro de un procedimiento contencioso.

Por ejemplo, veamos dos muestras de estas cláusulas que involucran a la Argentina. El art. 8.4. del TBI celebrado entre la Argentina y Francia¹² expresa que:

El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho de la Parte contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios de Derecho Internacional en la materia (...).

A su vez, el art. X, inc. 5º, del TBI celebrado entre la Argentina y el Reino de España¹³ dispone que:

El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional.

De la letra de los artículos surge que el Tribunal Arbitral que decida la controversia no podría dejar de aplicar el derecho interno argentino así como tampoco podría dejar de aplicar los TBI en cuestión o los principios de Derecho Internacional relevantes, dado que esa fue una de las bases del consentimiento de los Estados al suscribir estos tratados para solucionar eventuales controversias¹⁴. Concordantemente con ello, de tales disposiciones, que son similares a otros TBIs que poseen artículos sobre derecho aplicable¹⁵, se desprende además que los tribunales arbitrales sólo pueden tener jurisdicción respecto de controversias relativas a inversiones que surjan “en el sentido” o “dentro de los términos” de los TBIs¹⁶. Para que la controversia planteada surja “en el sentido” o “dentro de los términos” del TBI aquella debe estar referida, necesaria y específicamente, a una o más de sus disposiciones, restringiendo así la

¹² [En línea] http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_argentina_fr.pdf [Consulta: 22 de marzo diciembre de 2012].

¹³ [En línea] http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_spain_sp.pdf [Consulta: 22 de marzo diciembre de 2012].

¹⁴ Se ha dicho que, dentro de los límites del instrumento que le otorga jurisdicción, un tribunal puede tener potestades amplias pero fuera de esos límites carece de todo poder. Los TBIs son los que fijan dichos límites y por ende un tribunal no puede nunca excederse del derecho aplicable en él dispuesto bajo pena de incurrir en una nulidad. Ver AMERASINGHE, Chittharanjan F., *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, p. 213.

¹⁵ Hay otros TBIs que no poseen artículo alguno sobre derecho aplicable por lo que, surgida una controversia, las partes deberán pactarlo por otros medios.

¹⁶ A este respecto, el art. 8.1 del TBI con Francia se refiere a “[t]oda controversia relativa a inversiones, en el sentido del presente Acuerdo”, el art. X, inc. 1º, del TBI con España hace referencia a “las controversias [...] en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo”.

jurisdicción de los tribunales y excluyendo cuestiones ajenas a los estándares convencionales. Por ejemplo, en el caso “Saluka v. República Checa”, llevado a cabo bajo las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), el tribunal sintetizó este principio básico del Derecho Internacional de la siguiente manera:

El Tratado (Bilateral de Inversión) no se puede interpretar para penalizar la violación del Gobierno de cada norma o reglamento que le sea aplicable y respecto de las cuales los inversores pueden normalmente recurrir ante los tribunales del Estado receptor¹⁷.

Ahora bien, ¿cuál es el rol específico de cada fuente mencionada en las disposiciones de los TBIs citados? Ello es motivo de debate aún en la práctica más evolucionada de esta materia, y comparte la dificultad que posee la cuestión de la subjetividad de los inversores extranjeros dado que, desde el punto de vista teórico positivista, ellos solamente pueden adquirir derechos y obligaciones en los ordenamientos internos, los cuales son luego protegidos por los compromisos asumidos por los Estados en los tratados. Por ejemplo, el Tribunal Arbitral del caso “EnCana Corporation v. Ecuador” aplicó esta misma inteligencia en los siguientes términos:

No obstante, para que exista la expropiación de una inversión o beneficio (en una situación que suponga derechos o reclamaciones legales, para diferenciarla de la confiscación de activos físicos), los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea. En este caso, la legislación de Ecuador¹⁸.

Claro que un tribunal arbitral, además del TBI, también debe aplicar el Derecho Internacional general y no sólo sus preceptos interpretativos sino también sustanciales. A este respecto, se reitera que un TBI o un IIA no es una norma hermética o auto-suficiente (*self contained*), aislada del resto del Derecho Internacional. En efecto, hay varias cuestiones que el Tratado no regula y que sí lo hace el Derecho Internacional general¹⁹. En ausencia de una dispo-

¹⁷ Ver “Saluka Investments BV v. Czech Republic”, UNCITRAL Arbitration, Permanent Court of Arbitration, Laudo Parcial, decisión del 17 de marzo de 2006, párr. 442: “*The [Bilateral Investment] Treaty cannot be interpreted so as to penalise each and every breach by the Government of the rules or regulations to which it is subject and for which the investors may normally seek redress before the courts of the host State*”. Ver también “Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos”, Caso ARB(AF)00/3, Laudo 30 de abril de 2004; ver también “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Republica Argentina”, Caso nro. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 2002, entre otros.

¹⁸ “EnCana Corporation v. República de Ecuador”, Laudo del 3 de febrero de 2006, párr. 184.

¹⁹ Por ejemplo, los principios de compensación o atribución que surgen del derecho internacional general no se encuentran expresamente contemplados en los TBI, sin embargo es derecho aplicable así como gran parte de las normas “secundarias” formuladas en la tarea de codificación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad Internacional. Al respecto ver “Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt”, Caso ARB/98/4. Un punto de vista similar tuvo, entre otros, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), al referirse a la relación entre el derecho internacional

sición especial, todas las normas identificadas como derecho aplicable deben emplearse conjuntamente y las obligaciones deben interpretarse de manera tal que no afecten el cumplimiento de otras obligaciones internacionales entre los Estados partes en los TBI. Tal como recordó el tribunal en el caso “Saluka v. República Checa”²⁰, al interpretarse un tratado debe tenerse en cuenta “[t]oda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”²¹, incluidas las normas relevantes de Derecho Internacional consuetudinario²². Ello incluye, por ejemplo, normas que involucran otras ramas del Derecho Internacional Público, como el derecho internacional de los derechos humanos²³, y otras normas de naturaleza en el Derecho Internacional con carácter imperativo o *erga omnes*²⁴.

general y el derecho de la OMC, al sostener que “no debe leerse el Acuerdo General [sobre Aranceles Aduaneros y Comercio] aislándolo clinicamente del derecho internacional público”. Ver “United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline”, AB-1996-1, Report of the Appellate Body, 29 April 1996, WTO Doc. WT/DS2/AB/R, p. 17.

²⁰ Ver “Saluka Investments BV v. Czech Republic”, UNCITRAL Arbitration, Permanent Court of Arbitration, Laudo Parcial, decisión del 17 de marzo de 2006, párr. 254.

²¹ Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.3.c.

²² Ver “Case Concerning the Oil Platforms” (“Islamic Republic of Irán v. United States of America”), 6 de noviembre de 2003, 2003 ICJ Reports 41.

²³ En este sentido, las directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales establecen que las empresas deben “Respetar los derechos humanos de aquellos afectados por sus actividades consistentemente con las obligaciones y compromisos gubernamentales” (“*Respect the human rights of those affected by their activities consistent with the host government’s obligations and commitments*”). Si bien estas reglas no tienen carácter obligatorio, enuncian ciertos principios y buscan promover cierto tipo de conductas entre las empresas Multinacionales. Ver “OCDE Guidelines for Multinational Enterprises”, Revision 2000 (disponible en www.oecd.org).

²⁴ Tal como establece el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 una norma imperativa es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.” Una norma *erga omnes* es aquella identificada por la Corte Internacional de Justicia en su famosa sentencia de 1970 de la siguiente manera: “33. *When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*” (“33. Cuando un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, se ve obligado a extender a ellos la protección de la ley y asume las obligaciones relativas al trato que se les brinda. Estas obligaciones, sin embargo, no son ni absolutas ni incondicionales. En particular, una distinción esencial debe ser trazada entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto, y aquellos que surjan con respecto a otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras son de preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden considerarse que tienen un interés jurídico en su protección, ellas son obligaciones *erga omnes*”) ver “Bar-

En materia de derecho aplicable también puede ocurrir que algún TBI u otros instrumentos aplicables no estipulen cuáles son las normas que el tribunal que entienda en una determinada controversia deba aplicar para resolverla²⁵. En esos casos, las partes deben ponerse de acuerdo o bien, si el TBI estipula el recurso a un arbitraje administrado por el CIADI, debe estarse entonces a lo dispuesto por dicho Tratado Internacional. En ese caso, el art. 42 (1) del Convenio CIADI dispone que:

“El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte de la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquéllas normas de Derecho Internacional que pudiesen ser aplicables”.

En este caso, cuando el TBI o IIA no diga nada acerca del derecho aplicable, el tribunal deberá aplicar el TBI, el Convenio CIADI, el derecho interno del Estado receptor de la inversión y el Derecho Internacional relevante.

II. OBJETO Y ÁMBITO MATERIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. EL CONCEPTO DE INVERSIÓN

El Derecho Internacional de las inversiones tiene como objeto la protección que reciben las inversiones e inversores en el territorio del Estado receptor de tales inversiones e inversores pero también tiene como objeto el desarrollo económico que tal protección tiene como fin. Esto es consistente y consta en los preámbulos de la vasta mayoría de los TBIs, ya sean antiguos o contemporáneos²⁶, como en el Convenio CIADI²⁷.

celona Traction, Light and Power Company, Limited” (“Belgium v. Spain”) (New Application: 1962), ICJ, sentencia del 5 de febrero de 1970 (Segunda Fase), párr. 33.

²⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del TBI suscripto entre la Argentina y los Estados Unidos de América sobre la promoción y Protección Recíproca de Inversiones [en línea] http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argentina_us.pdf [Consulta: 22 de marzo diciembre de 2012].

²⁶ Existe un consenso en diferenciar a los TBIs en generaciones, según la fecha de su celebración y el detalle que contienen. Los modernos TBIs o IIAs son más detallados, en general, debido a aclaraciones que debieron efectuar los Estados como reacción a una percibida incorrecta aplicación del derecho vigente.

²⁷ Ver “UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Scope and Definition: A Sequel”, United Nations, New York and Geneva, 2011, p. 52: “Thus, the ICSID Convention should not be seen merely as a means of dispute settlement. It is also ‘an instrument of international policy for the promotion of economic development’” (Por lo tanto, el Convenio CIADI no debe ser visto meramente como un medio de solución de controversias. Es también un ‘instrumento de política internacional para la promoción del desarrollo económico’) citando a DELAUME G., *ICSID arbitration and the courts*, American Journal of International Law, vol. 77, nro: 4, p. 23; SCHREUER Ch. et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009, ps. 4 a 5. Ver también opinión disidente del profesor Georges Abi-Saab, del 28 de octubre de 2011, párrs. 48 a 50, en el caso “Abaclat y otros (anteriormente ‘Giovanna a Beccara y otros’)

En definitiva, existe un anhelo en este derecho de brindar protección en la medida que se trate de una inversión e inversor extranjeros a fin de incentivar el flujo externo de capitales directos y, que ello promueva el desarrollo económico del Estado que recibe tal influjo. Por lo tanto, la protección no está exenta de calificación ni de requisitos dado que se lo trata como una herramienta de desarrollo aun cuando, cuantitativamente, no existe ningún correlato o relación concreta entre el flujo de capitales y los TBIs²⁸.

Otra parte sustancial del objeto de esta materia la conforman los denominados estándares de tratamiento, que son aquellas normas jurídicas contenidas tanto en el derecho consuetudinario internacional como en los TBIs o IIAs (muchas veces coincidentes) que establecen obligaciones de comportamiento para los Estados que reciben una inversión que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la norma. Al decir del juez Nikken, los estándares de trato o comportamiento son “[l]a conducta que cada Estado parte en un TBI está dispuesto y obligado a adoptar para la promoción y protección de las inversiones y, recíprocamente, lo que cada Estado tiene derecho a esperar y espera del comportamiento de la otra parte en el mismo ámbito”²⁹. En efecto, debe tenerse en claro que un estándar de trato nunca podría perder su esencia de “estándar” de conducta o comportamiento del Estado con respecto a las inversiones extranjeras y que, por ende, no puede ni debe ser traducido en una fuente de derechos subjetivos de los inversores³⁰. Los TBIs, y el derecho consuetudinario, contienen un catálogo de obligaciones de los Estados con respecto a las inversiones respectivas de sus nacionales, y “no una declaración de derechos de los inversionistas”³¹.

El análisis de cada uno de estos estándares de tratamiento es sumamente complejo y puede variar de tratado en tratado en atención al texto de cada uno. El tratamiento exhaustivo de cada estándar excede el ámbito del presente trabajo, bastando solo mencionar que, en general, los estándares son: la prohibición de la expropiación sin compensación, la prohibición de adoptar medidas arbitrarias y/o discriminatorias, el deber de brindar un tratamiento justo y equitativo, la denominada cláusula paraguas, la cláusula de la nación más favorecida y la libre transferencia de divisas relacionadas con una inversión, etc.

v. República Argentina”, Caso CIADI ARB/07/5, [en línea] http://italaw.com/documents/Abacat_Dissenting_Opinion.pdf [Consulta: 5 de abril de 2012].

²⁸ PADMANABHAN, A., “Relationship between FDI Inflows and Bilateral Investment Treaties/International Investment Treaties in Developing Economies: An empirical analysis”, SSRN, [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1764342 [Consulta: 5 de abril de 2012].

²⁹ “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, SA v. República Argentina”, Caso CIADI ARB/03/19, Laudo del 30 de julio de 2010, opinión separada de Pedro Nikken, párr. 4.

³⁰ *Ibid.*, párr. 19.

³¹ *Ibid.*

a) *El concepto de inversión*

Ahora bien, una discusión actual del objeto del Derecho Internacional de las inversiones debe incluir qué debe entenderse por el término “inversión”. La elucidación de tal vocablo es, precisamente, la puerta que permite a una operación y operador acceder a la protección de este campo.

Por un lado, la mayoría de los TBIs o IIAs definen ampliamente el término inversión o, en realidad, no lo definen, y sólo dan ejemplos de qué tipo de actividades quedarían cubiertas. Por ej., el TBI celebrado entre la Argentina y los EE.UU. establece en su artículo primero lo siguiente:

“1. A los fines del presente Tratado: a) ‘inversión’ significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros: i) derechos de propiedad tangible e intangible, así como derechos tales como hipotecas, privilegios y prendas; ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos; iii) títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión; iv) derechos de propiedad intelectual, que comprendan, entre otros, los relativos a:

- obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones de sonido,
- inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,
- diseños industriales,
- obras de estampado de semiconductores,
- secretos comerciales, conocimientos técnicos e información comercial confidencial, y
- marcas registradas, marcas de servicio y nombres comerciales, y
- v) todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley”.

Si bien este TBI, como la mayoría de estos acuerdos, no efectúa una real definición del término inversión, ciertas características pueden extraerse de este ejemplo. En primer lugar, debe entenderse que cada término o expresión enumerada en el listado del TBI utilizado, o de cualquier otra disposición similar, debe ser entendida en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado³². Como lo marcara el difunto *Sir Ian Brownlie*:

(...) el título el Tratado es Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Checoslovaquia [,] el objeto y la finalidad no es la protección de la propiedad extranjera como tal sino el aliento y la protección de “inversiones”. *Sin embargo, hay más en los términos del Tratado que esto. Uno de los objetos es*

³² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31.1.

*la estimulación del desarrollo económico de las partes, como se indica en el preámbulo*³³.

Entonces, los TBIs o IIAs no definen, en el sentido cabal del término, qué debe entenderse concretamente por “inversión extranjera” pero si establecen ciertos elementos que deben entenderse dentro del contexto y conforme el objeto y fin del Tratado. Cuando menos, la inversión debe ser “en el territorio” del Estado receptor de ella y por parte de un nacional de otro Estado, con el fin de estimular el desarrollo económico de ambas partes. Como veremos más adelante, una interpretación del Convenio CIADI confirma la inteligencia de que esta rama del Derecho Internacional debe usarse y fue pensada como una herramienta de desarrollo y por lo tanto no deben aceptarse dentro de su ámbito aquellas inversiones que no alienten o estimulen el bienestar y desarrollo económico de los Estados³⁴.

Asimismo, otro rasgo muy importante del objeto de esta materia es que las inversiones que se protegen son aquellas realizadas de “conformidad con la ley” del Estado receptor. De lo contrario, permitir la protección de una norma internacional a una inversión hecha en quebrantamiento de la ley violaría el principio esencial de buena fe, norma fundamental del ordenamiento jurídico internacional, en tanto dejaría de lado la intención de los Estados parte. El objeto de la obligación de que una inversión debe ser de acuerdo con la ley del Estado receptor es “evitar que el Tratado Bilateral proteja inversiones que no deberían estar protegidas, en particular, porque serían ilegales”³⁵. Tales cláusulas son una expresión de un principio del orden jurídico internacional que establece el respeto de la ley, tal como lo enumeró un tribunal:

(L)a inclusión de la cláusula “conforme a la legislación” en los acuerdos de protección recíproca de inversiones obedece a políticas públicas internacionales tendientes a sancionar actos ilícitos y sus efectos consecuentes.

Es irrefutable que el respeto a la legalidad se constituye como una cuestión de orden público no sólo en El Salvador sino en todo país civilizado [...]

³³ “CME Czech Republic B.V. v. República Checa”, Caso UNCITRAL, Laudo final del 14 de marzo de 2003, opinión separada de Ian Brownlie, párr. 17 (énfasis agregado): “[t]he title of the treaty is an ‘Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic [...]’ The object and purpose is not the protection of foreign property as such but the encouragement and protection of ‘investments’. However, there is more to the terms of the treaty than this. One of the objects is the stimulation of the economic development of the parties, as indicated in the preamble”.

³⁴ Ver, en general, opinión disidente del profesor Georges Abi-Saab, del 28 de Octubre de 2011, párrs. 48 a 61, en el caso “Abaclat y otros (anteriormente “Giovanna a Beccara y otros”) v. República Argentina”, Caso CIADI ARB/07/5, [en línea] http://italaw.com/documents/Abaclat_Dissenting_Opinion.pdf [Consulta: 5 de abril de 2012].

³⁵ “Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco”, ICSID Case ARB/00/4, decisión del 23 de junio de 2001, párr. 46. Ver también “Plama Consortium Limited v. Bulgaria”, ICSID Case ARB/03/24, Laudo del 27 de agosto de 2008, párrs. 140, 143/144.

No es posible reconocer la existencia de derechos nacidos como consecuencia de actos ilegales, pues ello atentaría contra el respeto a la legalidad que, como se ha dicho, es un principio de orden público internacional³⁶.

En efecto, las inversiones ilegales no se encuentran protegidas por el Derecho Internacional de las inversiones extranjeras. Los TBIs o IIAs deben interpretarse de conformidad con el orden público internacional y con la política pública internacional, que incluyen el respeto de la norma jurídica³⁷. Por lo tanto, como lo expresa el tribunal arbitral en el caso “Plama v. Bulgaria”, aún ante la falta expresa de una cláusula de “conformidad con la legislación”, los tratados de inversiones deben interpretarse “de acuerdo con el propósito de alentar el respeto por la norma jurídica”³⁸. En efecto, las inversiones que se realicen en contra del derecho interno o internacional no se encuentran protegidas³⁹.

b) Inversión bajo el Convenio CIADI

Ahora bien, como ya se expresó, muchas veces se ventilan diferencias de esta naturaleza bajo el sistema instaurado bajo el Convenio CIADI. En tales supuestos, la interpretación del término “inversión” debe también satisfacer los ámbitos de aplicación de este último Tratado, aun cuando se trate de, aparentemente, el mismo vocablo. Es decir, la interpretación que deba hacerse del término “inversión”, sea más amplia o más restringida de acuerdo al TBI o IIA que se trate, debe satisfacer los requisitos de éste Tratado y del Convenio CIADI al mismo tiempo⁴⁰. En otras palabras, la determinación de la calidad de “inversión” de una determinada actividad o activo a efectos de que exista jurisdicción de un tribunal del CIADI depende de que se cumplan, de manera separada y agregada, los requisitos que surgen de los términos del Convenio de Washington (en particular de su art. 25) y del TBI o IIA correspondiente,

³⁶ “Inceysa Vallisoletana S.L. v. República del Salvador”, Caso CIADI ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006, párrs. 247/249.

³⁷ Ver BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford, 6ª ed., 2003, ps. 485 a 493, en particular la p. 487 y ss. en referencia a la máxima *ex injuria non oritur jus*.

³⁸ “Plama Consortium Limited v. Bulgaria”, ICSID Case ARB/03/24, Laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 139.

³⁹ *Ibid.*, párr. 138.

⁴⁰ DOLZER R., SCHREUER Ch., *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 61.

en su caso. Este “doble test” ha sido reconocido por una amplia variedad de doctrinarios⁴¹ y decisiones de tribunales arbitrales⁴².

Por ej., el tribunal en el caso “CSOB v. República Checa”, pone de manifiesto que el análisis bajo el Convenio CIADI respecto del término ‘inversión’ es de carácter autónomo y objetivo al decir que:

La República Eslovaca tiene razón al señalar, sin embargo, que un acuerdo de las partes que describe su transacción como una inversión no es, como tal, concluyente para resolver la cuestión de si la disputa involucra una inversión en virtud del art. 25(1) de la Convención. El concepto de una inversión tal como se expresa es objetivo por naturaleza, en que las partes podrán acordar una definición más precisa o restrictiva de su aceptación de la jurisdicción del Centro, pero no podrán optar por enviar disputas al centro que no están relacionados con una inversión. Una prueba doble, por lo tanto, debe aplicarse para determinar si este tribunal tiene la competencia para examinar los méritos de la reclamación: si la controversia surge de una inversión en el sentido de la Convención y, si es así, si el conflicto se refiere a una inversión como está definido en el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI en su referencia a los TBIs y las definiciones pertinentes contenidas en el art. 1 del TBI...⁴³.

⁴¹ Ver, por ejemplo, BROCHES A., “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, en 136 *Recueil des Cours* 332, p. 362; SCHREUER C., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, p. 125; DOUGLAS Zachary, *The international law...*, cit., párr. 342; COLE T. y VAKSHA A. K., “Power-Confering Treaties: The Meaning of “Investment” in the ICSID Convention”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, nro. 2, 2011.

⁴² Ver, por ej., “Patrick Mitchell v. República Democrática del Congo”, Caso CIADI ARB/99/7, Decisión sobre Anulación del 1 de noviembre de 2006, párrs. 74, 79, 82, 114; “The Rompetrol Group N.V. v. Rumania”, caso CIADI ARB/06/3, Decisión sobre Jurisdicción del 18 de abril de 2008, párr. 80; “Vacuum Salt Products Ltd. v. República de Gana”, caso CIADI ARB/92/1, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de febrero de 1994, párr. 36; “TSA Spectrum de Argentina S.A. v. República Argentina”, caso CIADI ARB/05/5, Laudo del 19 de diciembre de 2008, párr. 137; “Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt”, ICSID Case ARB/05/19, Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción del 17 de octubre de 2006, párr. 77; “Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt”, ICSID Case ARB/04/13, párrs. 69/71; “Saba Fakes v. Republic of Turkey”, ICSID Case ARB/07/20, Laudo del 14 de julio de 2010.

⁴³ “CSOB (Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s.) v. República Checa”, Caso CIADI ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, párr. 68: “*The Slovak Republic is correct in pointing out, however, that an agreement of the parties describing their transaction as an investment is not, as such, conclusive in resolving the question whether the dispute involves an investment under Article 25(1) of the Convention. The concept of an investment as spelled out in that provision is objective in nature in that the parties may agree on a more precise or restrictive definition of their acceptance of the Centre’s jurisdiction, but they may not choose to submit disputes to the Centre that are not related to an investment. A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties’ consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article 1 of the BIT*”.

La necesidad de realizar el análisis del término “inversión” en forma autónoma también ha sido confirmada, por el Comité *ad hoc* en el caso “Mitchell”:

[...] es necesario verificar la conformidad del concepto de inversión establecidas en el acuerdo de las partes o en el TBI con el concepto de inversión en la Convención de Washington, tal como este último resulta de una interpretación de la Convención de conformidad con el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como de la jurisprudencia del CIADI, en la medida que esta última pueda contribuir a definir el concepto. De hecho, ese concepto de inversión debe prevalecer sobre cualquier otra “definición” de inversión que las partes hayan acordado o en el TBI, como es evidente del régimen especial y privilegiado establecido por la Convención de Washington puede aplicarse sólo para el tipo de inversión que los Estados contratantes en el Convenio prevé⁴⁴ (...).

Ante los tribunales arbitrales del CIADI, la Convención de Washington tiene supremacía sobre un acuerdo entre las partes o un TBI⁴⁵.

Un ejemplo concreto nos provee el tribunal del caso “MHS v. Malasia”:

(...) bajo la “doble prueba” un hallazgo que el contrato cumple la definición de “inversión” en el TBI no sería suficiente para este tribunal asuma jurisdicción si el contrato no ha podido satisfacer el criterio objetivo de una “inversión” en el sentido del art. 25⁴⁶.

Ahora bien, ¿cuáles son esos requisitos a satisfacer bajo el criterio objetivo del Convenio CIADI para que una actividad o activo constituya una inversión protegida? El llamado test *Salini* brindó el puntapié inicial, al menos

⁴⁴ “Patrick Mitchell v. República Democrática del Congo”, caso CIADI ARB/99/7, Decisión sobre Anulación del 1 de noviembre de 2006, párr. 25 (énfasis agregado): “[i]t is then necessary to verify the conformity of the concept of investment as set out in the parties’ agreement or in the BIT with the concept of investment in the Washington Convention, as this latter results from the interpretation of the Convention in accordance with Article 31.1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, as well as from ICSID case law, to the extent the latter may contribute to defining the concept. Indeed, such concept of investment should prevail over any other ‘definition’ of investment in the parties’ agreement or in the BIT, as it is obvious that the special and privileged arrangements established by the Washington Convention can be applied only to the type of investment which the Contracting States to that Convention envisaged”.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 31 “Before ICSID arbitral tribunals, the Washington Convention has supremacy over an agreement between the parties or a BIT”; Ver también “Broches A.”, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, 136 *Recueil des Cours*, ps. 360/361; Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, párr. 25; “The Rompetrol Group N.V. v. Rumania”, caso CIADI ARB/06/3, Decisión sobre Jurisdicción del 18 de abril de 2008, párr. 80; “Vacuum Salt Products Ltd. v. República de Gana”, caso CIADI ARB/92/1, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de febrero de 1994, párr. 36; “TSA Spectrum de Argentina SA v. República Argentina”, caso CIADI ARB/05/5, Laudo del 19 de diciembre de 2008, párr. 137.

⁴⁶ “Malaysian Historical Salvors”, “SDN, BHD v. Malasia”, caso CIADI ARB/05/10, Decisión sobre Jurisdicción del 17 de mayo de 2007, párr. 55: “[u]nder the double-barrelled test, a finding that the Contract satisfied the definition of ‘investment’ under the BIT would not be sufficient for this Tribunal to assume jurisdiction, if the Contract failed to satisfy the objective criterion of an ‘investment’ within the meaning of art. 25”.

desde el punto de vista de las decisiones arbitrales, al respecto. En efecto, el tribunal del caso “Salini v. Marruecos” fue el primero en reflejar la necesidad de analizar el término “inversión” conforme el texto del Convenio CIADI, incluyendo su preámbulo y el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, todo lo cual conforme la regla de interpretación contenida en el art. 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así, el tribunal de *Salini* remarcó que para que haya inversión conforme el Convenio CIAID debe existir: (i) aporte; (ii) cierta duración en el cumplimiento del contrato; (iii) participación en el riesgo de la transacción; y (iv) contribución al desarrollo económico del Estado receptor⁴⁷.

Sobre la base de esta determinación, la gran mayoría de los tribunales aceptaron esta interpretación, aunque con matices. Por ejemplo, el tribunal del caso “Joy Mining v. Egipto” fue un paso más allá y estableció que los elementos que debe tener una actividad a fin de reunir los requisitos de una “inversión conforme el convenio son: (a) cierta duración; (b) regularidad de ganancias y rendimiento; (c) riesgo; (d) un compromiso significativo; y (e) una contribución sustancial a la economía del Estado receptor⁴⁸. Asimismo, algunos otros tribunales arbitrales o comités de anulación también han llegado a la conclusión de que estos elementos son criterios esenciales —aunque no suficientes— e incuestionables para que una inversión califique como tal de conformidad con el Convenio CIADI⁴⁹. Por su parte, el tribunal del caso “Phoenix v. República Checa” no sólo ha reconocido que los elementos mencionados con anterioridad “deben tenerse en cuenta”, sino que también ha agregado dos criterios, a saber, que los bienes sean invertidos de conformidad con las leyes del Estado receptor y que los activos sean invertidos de buena fe⁵⁰. Algunos también incluyen un vínculo territorial en el concepto del art. 25⁵¹.

El carácter esencial de estos elementos se encuentra, como vimos, ratificado por decisiones internacional y el trabajo de publicistas, aunque existen diferencias entre ellos.

⁴⁷ “Salini *et al.* v. Marruecos”, caso CIADI ARB/00/4, Decisión de Jurisdicción del 16 de julio de 2001, párr. 52.

⁴⁸ “Joy Mining Machinery Limited v. Egipto”, ICSID Case ARB/03/11, Laudo del 6 de agosto de 2004, párr. 53.

⁴⁹ “Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo”, ICSID Case ARB/99/7, Decisión sobre Anulación del 1 de noviembre de 2006, párr. 33.

⁵⁰ “Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic”, ICSID Case ARB/06/5, Laudo del 15 de abril de 2009, párr. 114.

⁵¹ Opinión disidente del profesor Georges Abi-Saab, del 28 de Octubre de 2011, párr. 74 en el caso “Abaclat y otros (anteriormente Giovanna a Beccara y otros) v. República Argentina”, Caso CIADI ARB/07/5, [en línea] http://italaw.com/documents/Abaclat_Dissenting_Opinion.pdf [Consulta: 5 de abril de 2012].

La razón principal de la existencia de estos elementos generalmente se explica debido al contenido del Preámbulo del Convenio CIADI⁵², y su referencia a la contribución al desarrollo económico de los Estados que debe existir por operación del Convenio. Por ejemplo, tribunales arbitrales han acordado que, en función de lo anterior, la contribución que debe efectuar el “inversor” al Estado receptor debe contribuir, además, *significativamente* al desarrollo económico del Estado y no ser algo meramente contable⁵³. Incluso aquellos tribunales que no analizaron este elemento (contribución) en forma independiente y separada de los otros, han enfatizado su importancia al incluirlo dentro del análisis de los restantes requisitos —en particular, los de compromiso, duración y riesgo—⁵⁴.

Pero, ¿de qué estamos hablando cuando nos referimos a una contribución sustancial o importante? El tribunal del caso “MHS” estableció un parámetro:

El tribunal considera que el peso de las autoridades antes citada oscila en favor de que se requiera una contribución importante a la economía del Estado receptor. Donde no hay requisitos de importancia, cualquier contrato que mejora el producto interno bruto de la economía por cualquier cantidad, por pequeño que sea, calificaría como una “inversión”. Vale la pena también notar que en el caso de Joy Mining, el valor de la garantía bancaria tenía un valor de 9,6 millones de libras Esterlinas y aún no pudo considerarse como una contribución a la economía de Egipto⁵⁵.

Asimismo, ese mismo tribunal explicó que si bien cualquier contrato puede contribuir económicamente al lugar donde se ejecuta, ello no significa que “automáticamente” ese contrato constituya una “inversión” bajo los términos del art. 25(1) del Convenio CIADI⁵⁶. El impacto económico debe ser positivo;

⁵² “Los Estados contratantes [c]onsiderando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”.

⁵³ “Joy Mining Limited v. República de Egipto”, caso CIADI ARB/03/11, Laudo de Jurisdicción del 6 de agosto de 2004, párr. 53; “Bayindir Insta Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán”, caso CIADI ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, párr. 137.

⁵⁴ “Consorcio Groupment L.E.S.I. / DIPENTA v. República Popular Democrática de Argelia”, caso CIADI ARB/05/3, Laudo del 10 de enero de 2005, párr. 13.

⁵⁵ “Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malasia”, caso CIADI ARB/05/10, Decisión sobre Jurisdicción del 17 de mayo de 2007, párr. 123: “*The Tribunal considers that the weight of the authorities cited above swings in favour of requiring a significant contribution to be made to the host State’s economy. Where there are not the requirements of significance, any contract which enhances the Gross Domestic Product of an economy by any amount, however small, would qualify as an ‘investment.’ It also bears noting that in Joy Mining, the value of the bank guarantee had a value for GBP 9.6 million and yet did not qualify as a contribution to the economy of Egypt*”.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 125.

al decir del tribunal de *CSOB c. República Checa*: “debe ser significativo para el desarrollo económico del Estado receptor”⁵⁷.

Como conclusión, para cumplir con los requisitos de una inversión derivados del Convenio CIADI, es preciso que se verifiquen ciertos elementos objetivos, tal como sostienen los Profesores Dolzer y Schreuer:

La jurisprudencia del CIADI se ha basado esencialmente en el entendimiento de que los cuatro criterios establecidos por los comentaristas académicos (contribución del inversor, una cierta duración del proyecto, la existencia de un riesgo operativo, y contribución al desarrollo del estado receptor) deberán ser tomados en consideración, de manera adicional a los requisitos que se contemplen en el tratado bilateral u otro instrumento de donde surja el consentimiento a la jurisdicción del CIADI. Estos cuatro criterios se considera que están contenidos en el art. 25 del Convenio CIADI. [...] hoy día se reconoce generalmente que estos cuatro criterios constituyen la definición de una inversión [...].⁵⁸

Sin embargo, debe notarse que algunos autores y tribunales entienden que el término inversión no está calificado en el Convenio y que no debe tenerse en cuenta este Tratado al determinar si existe o no una inversión, principalmente porque el texto del Convenio no define expresamente dicho término⁵⁹. Sin embargo, cabe recordar que no hay razones válidas para concluir que los Estados contratantes del Convenio CIADI pensaron en una jurisdicción *ratione materiae* sin límite alguno. En este sentido, merecen ser recordadas las palabras de A. Broches (uno de los “padres” del Convenio) en oportunidad de referirse a la definición del término inversión: “esta discreción [refiriéndose a la discreción que las partes tendrían de definir el término inversión ante la falta de una definición expresa] no es ilimitada y no puede ser ejercitada al punto de llegar a ser claramente inconsistente con los propósitos del Convenio”⁶⁰.

⁵⁷ “*Ceskolovenska Obchodni Banka, A.S. v. República de Eslovaquia*”, caso CIADI ARB/97/4, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo de 1999, párr. 88 (“*there must be significant to the host State’s economic development*”); Ver también “*Consortio Groupment L.E.S.I./DIPENTA v. República Popular Democrática de Argelia*”, caso CIADI ARB/05/3, Laudo del 10 de enero de 2005, párr. 14(ii) (explicando que “*there must be economic commitments of significant value sufficient at least that one may agree that the operation is of a nature to promote the economy and development of the country concerned*”).

⁵⁸ DOLZER R. y SCHREUER Ch., *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, ps. 68/69: “*ICSID jurisprudence has essentially been based on the understanding that the four criteria set forth by academic commentators (contribution of the investor, certain duration of the project, existence of operational risk, and contribution to the host state’s development) will have to be considered, in addition to the requirements in a bilateral treaty or another instrument embodying consent to ICSID jurisdiction. The four criteria are considered to be embodied in article 25 of the ICSID Convention. [...] the four criteria are today generally recognized as constituting the definition of an investment*”.

⁵⁹ Ver “*Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*”, ICSID Case ARB/05/1, Decisión sobre Anulación del 16 de abril de 2009.

⁶⁰ BROCHES A., *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, p. 208: “*this discretion is not*

III. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LA NACIONALIDAD DEL INVERSOR EXTRANJERO

Los sujetos usualmente considerados como obligados por esta rama del Derecho Internacional son los Estados receptores de las inversiones extranjeras, quienes se comprometen a brindar estándares de tratamiento a los nacionales de otros Estados que efectúen (o se comprometan a hacer)⁶¹ tales inversiones. Por ende, los inversores extranjeros son, en principio, los beneficiarios de estas obligaciones de los Estados en la medida que cumplan con los requisitos de nacionalidad y otros correspondientes al ámbito *ratione materiae* de los instrumentos internacionales controlantes. Estos requisitos adquieren relevancia, claro está, en la medida que se active la legitimación procesal de estos nacionales para efectuar reclamos de manera jurisdiccional, conforme lo disponen, *inter alia*, el Convenio CIADI y los TBIs. Claro que también se derivan verdaderas obligaciones para los inversores —e inversiones— de los mencionados instrumentos internacionales, como el respeto por las normas jurídicas nacionales e internacionales aplicables, la buena fe, entre otras.

a) Nacionalidad del inversor

Respecto del requisito de la nacionalidad, éste se encuentra establecido en general por los TBIs generalmente estableciendo formulas reconocidas por el Derecho Internacional consuetudinario aplicable a la materia (que en general provienen de las exigencias establecidas para el ejercicio de la protección diplomática). En el Derecho Internacional de las inversiones, este requisito está determinado por el art. 25(2)(a) del Convenio CIADI, que se refiere a “nacional de otro Estado contratante”⁶² y por las disposiciones de los diferentes TBIs que, en casi su totalidad, definen a un “inversor” como “toda persona física o jurídica de una Parte contratante” o utilizando frases similares. Es importante destacar, que en este ámbito, la nacionalidad debe detentarse en las fechas pertinentes según lo determine cada instrumento⁶³, pero como primer comentario general, deben satisfacerse antes del comienzo o registro de cada proceso:

unlimited and cannot be exercised to the point of being clearly inconsistent with the purposes of the Convention”.

⁶¹ Algunos tratados incorporan obligaciones de protección para con los compromisos de inversión.

⁶² Convenio CIADI, art. 25.

⁶³ “Hussein Nuaman Soufraki v. Emiratos Árabes Unidos”, Caso CIADI ARB/02/7, Decisión del Comité *Ad Hoc* sobre la Solicitud de Anulación del Sr. Soufraki, párrs. 5 y 109; DOLZER R. y SCHREUER Ch., *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 46.

[el] requisito de nacionalidad de una reclamación ante un Tribunal CIADI debe encontrarse satisfecho en cada caso antes de que un procedimiento del CIADI puede ser iniciado o incluso registrado⁶⁴.

Ahora bien, estas condiciones de nacionalidad del Convenio CIADI y del TBI se explican sobre la base de las definiciones tradicionales de nacionalidad en virtud del Derecho Internacional y de la mayoría de las leyes internas de los Estados⁶⁵. Tal es así que el art. 25(2) del Convenio CIADI afirma que la expresión “nacional de otro Estado contratante” significa:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a... arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista... en el apart. (3) del art. 36, la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

Por su parte, los TBIs establecen generalmente que el término “inversor” comprende a toda persona física o jurídica de una Parte contratante que haya realizado, realice o haya asumido la obligación de realizar inversiones en el territorio de la otra Parte contratante. A su vez, por “persona física” los TBIs entienden, en general, que es aquella que tenga la ciudadanía de ese Estado, de acuerdo a sus leyes, y por “persona jurídica” a cualquier entidad constituida de conformidad con la legislación de ese Estado parte, con sede en su territorio y reconocida por él⁶⁶.

Por lo tanto, el requisito de nacionalidad recibe trato diferente según el demandante revista el carácter de persona física o jurídica, pero, en ambos casos, el inversor que reclama bajo este sistema debe tener la nacionalidad del Estado contratante que no sea el Estado parte de la controversia (nacionalidad positiva) y no debe tener la nacionalidad del Estado receptor de la inversión

⁶⁴ “Mihaly International Corporation v. República Democrática de Sri Lanka”, Caso CIADI ARB/00/2, Decisión del 15 de marzo de 2002, párr. 20: “[t]he nationality requirement of a claim before an ICSID Tribunal has in each case to be satisfied before an ICSID proceeding can be initiated or even registered”.

⁶⁵ Ver UNCTAD, *ICSID: Requirements Ratione Personae*, Course on Dispute Settlement, Module 2.4 (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.3), párr. 5 (11 de marzo de 2003), [en línea] http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add3_en.pdf [Consulta: 4 de abril de 2012].

⁶⁶ En la siguiente página de la UNCTAD se pueden encontrar la gran mayoría de los TBIs en vigor: [en línea] http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx [Consulta: 4 de abril de 2012].

(nacionalidad negativa)⁶⁷ en la fecha de consentimiento y en la fecha de registro en el caso de personas físicas, al menos dentro del contexto del CIADI. Fuera del CIADI, los TBIs e IIAs en general no prohíben expresamente la legitimación procesal de personas físicas que posean doble nacionalidad. No obstante ello, importantes consideraciones jurídicas militan contra esta posibilidad, dependiendo del contexto específico. Resta por verse si en tales casos los tribunales aplicarían o no un test de “nacionalidad efectiva” conforme lo hiciera la Corte Internacional de Justicia en los famosos casos de “Nottebohm y Barcelona Traction”⁶⁸. También debe notarse que algunos Tratados pueden precisar requisitos adicionales, como la residencia⁶⁹.

b) La cuestión del inversor: ser o no ser

No obstante ser muchas veces los beneficiarios de este derecho, los inversores extranjeros no se encuentran directamente inmersos en la relación jurídica dado que fueron los Estados quienes intercambian los respectivos derechos y obligaciones en los TBIs e IIAs.

Ello consta de una lectura simple del texto de los Tratados en cuestión y de aplicar la regla de interpretación contenida en el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Tal como lo explica el juez Nikken, los TBIs contienen “[l]a conducta que cada Estado parte en un TBI está dispuesto y obligado a adoptar para la promoción y protección de las inversiones y, recíprocamente, lo que cada Estado tiene derecho a esperar y es-

⁶⁷ Puede observarse que bajo la letra (a) del apart. (2) del art. 25, la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviera la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento. Informe de los directores ejecutivos, párr. 29. Al explicar el proceso de redacción del Convenio CIADI respecto a esta cuestión, el prof. Schreuer afirma que “[t]he Convention states categorically that the individual investor, to be eligible for party status, must not be a national of the host States. Thus, even persons who possess the nationality of another Contracted state are excluded if they possess the host State’s nationality concurrently” (La Convención expresa categóricamente que el inversor individual, para ser elegible como parte no debe ser nacional de un Estado parte. Por lo tanto, aún personas que poseen la nacionalidad de otro Estado parte son excluidas si poseen la nacionalidad del Estado anfitrión de forma concurrente). SCHREUER Ch., *Principles of International Investment...*, cit. (2009), p. 280, párr. 440; Ver asimismo “Champion Trading v. Egipto”, 19 ICSID Rev. párr. 288; entre otros.

⁶⁸ Caso “Nottebohm” (“Liechtenstein v. Guatemala”), Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 6 de abril de 1955, ps. 4 a 65; “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” (“Bélgica v. España”), Corte Internacional de Justicia, sentencia del 5 de febrero de 1970, ps. 3 a 357.

⁶⁹ Existe un caso singular como el del TBI celebrado entre Argentina y Australia, en cuyo art. 1 se establece solamente el requisito de residencia para ser considerado un inversor de Australia: (c) inversor” de una Parte contratante designa: (i) con respecto a Australia: (A) una persona física que sea ciudadano o residente permanente de Australia; o (B) una sociedad; y (ii) con respecto a la República Argentina: (A) una persona física que sea nacional de la República Argentina de conformidad con su legislación sobre nacionalidad; o (...).

pera del comportamiento de la otra Parte en el mismo ámbito”⁷⁰. Los tratados, la costumbre general y los principios generales de derecho no contienen una fuente de derechos subjetivos de los inversores⁷¹, desde lo sustancial, aunque si, por brindarles legitimación procesal para reclamar, poseen ciertos derechos procesales, aunque no ya como “inversores” *per se*, sino como “partes” dentro de un proceso internacional jurisdiccional.

Es cierto que los inversores extranjeros poseen legitimación procesal para, en determinadas circunstancias, invocar el cumplimiento de un TBI, o de otra norma sustancial, por parte del Estado receptor de una inversión de la cual ellos son los últimos beneficiarios, pero ello no los transforma *per se* en sujetos del Derecho Internacional desde un punto de vista positivo. La cuestión de la subjetividad en el Derecho Internacional actual es compleja y variada. Que entidades (inversores extranjeros) posean cierta capacidad y legitimación procesal reconocida de manera positiva plantea interrogantes acerca de su ubicación dentro del universo actual de sujetos de Derecho Internacional. Más aún cuando en la práctica internacional (en especial aquella relativa al litigio internacional) es común referirse a los inversores extranjeros como verdaderos sujetos de este ordenamiento por cuanto la distinción entre beneficiario y titular de un derecho u obligación se suele tornar borrosa para abogados y árbitros. Claro que los inversores si son sujetos en los ordenamientos jurídicos internos y, muchas veces, se discuten cuestiones fácticas y jurídicas que entremezclan tanto el Derecho Internacional con los derechos internos. Además, muchas veces lo que se discute es la protección internacional de ciertos derechos legales que el inversor posee a nivel interno. Por ejemplo, al discutir si un Estado expropió sin compensar determinado activo propiedad de una compañía debe estarse a lo que el derecho interno define como propiedad por lo que tal empresa tiene derechos bajo el ordenamiento interno sobre ese activo que a su vez el Derecho Internacional protege dándole una acción jurisdiccional para reclamar por el cumplimiento de una obligación internacional debida entre Estados.

De hecho, tal como mencionamos, la cuestión de la personalidad o subjetividad internacional es muy compleja, no sólo en este ámbito, y requiere de un análisis exhaustivo más detallado que el aquí esbozado, puesto que excede el objeto y ámbito del presente. No obstante, puede resaltarse que algunos autores han aventurado que los inversores internacionales poseen cierta capacidad y personalidad internacional⁷² y que ello se deriva justamente del desarrollo de

⁷⁰ “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, SA v. República Argentina” (Caso CIADI ARB/03/19) Laudo del 30 de julio de 2010, opinión separada de Pedro Nikken, párr. 4.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 19.

⁷² WALTER Ch., “Subjects of International Law”, en MAX Planck Encyclopedia of public international law, [en línea] www.mpepil.com, 2009, párr. 19: “*Multinational enterprises or transnational corporations, as they are also sometimes called, are another candidate for functionally limited international legal personality*” (Empresas multinacionales o corporaciones

esta rama de nuestra disciplina (el Derecho Internacional de las inversiones) y del sistema instaurado en el Convenio CIADI⁷³. Si bien es cierta que existe “igualdad” procesal bajo el Convenio CIADI entre Estados y nacionales (personas físicas o jurídicas de otro Estado parte) ello no necesariamente implica que tengan, siquiera parcialmente, personalidad jurídica internacional o capacidad jurídica internacional. Sólo significa, en esta primera aproximación, que poseen legitimación procesal para reclamar pero no que detenten o sean los titulares directos de los derechos u obligaciones involucradas. Ello, al menos, desde un punto de vista positivista clásico.

Amén de tan interesante discusión, resulta suficiente con establecer, para los efectos del presente, que los Estados y los inversores extranjeros son los operadores jurídicos de esta rama del Derecho Internacional y el inversor uno de los beneficiarios de ciertas obligaciones establecidas, quedando la cuestión planteada sobre si son, o no, sujetos “parciales” de este ordenamiento⁷⁴.

IV. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA MATERIA

En el Derecho Internacional de las inversiones, las controversias que se suscitan son aquellas relativas a una inversión. En general, las partes de tal controversia (esto es el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión) deben primero negociar de buena fe o bien consultarse para intentar solucio-

transnacionales, como son llamadas a veces, son otros candidatos para tener personalidad legal internacional funcional y limitada).

⁷³ *Ibid.*, párr. 20: “From a strictly legal perspective it is especially the development in international investment law which leads to the conclusion of their—partial—international personality (...). According to the principles applied in the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), States and multinational companies are considered equal parties to a dispute once it has been brought to ICSID dispute settlement procedures (see notably Art. 25 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States [opened for signature 18 March 1965, entered into force 14 October 1966] 575 UNTS 159). This necessarily implies an international legal position of the respective corporation” (Desde una perspectiva estrictamente jurídica, en especial el desarrollo del derecho de las inversiones internacionales que lleva a la conclusión de su personalidad internacional parcial. De acuerdo con los principios aplicados en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los Estados y las empresas multinacionales se consideran partes iguales en la diferencia una vez que ha sido llevado al CIADI un procedimiento de solución de controversias (véase en particular el art. 25 del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados [abierto a la firma 18 de marzo 1965, entró en vigor el 14 de octubre 1966] 575 UNTS 159). Esto implica necesariamente un posicionamiento jurídico internacional de la corporación respectiva.).

⁷⁴ Asimismo, la cuestión de si los inversores extranjeros, además de ser los beneficiarios de ciertas normas del derecho internacional de las inversiones, se encuentran obligados por normas internacionales resulta también importante para esta discusión. Para el autor, resulta claro que sí lo están, no solo por aplicación de las propias condiciones establecidas en los TBIs para que sean beneficiarios (como respetar las leyes del Estado receptor, etc.) sino también por operación de otras normas más generales del derecho internacional y, eventualmente del derecho local que toda inversión debe respetar.

narla amistosamente⁷⁵. Tal negociación debe ser lo suficientemente concreta como para que el Estado en cuestión se encuentre advertido de que su responsabilidad internacional puede llegar a verse comprometida⁷⁶. Esta obligación, ya sea que surja de un TBI, ley, contrato o del Derecho Internacional general, puede estipularse ya sea por un plazo determinado (comúnmente denominado período de “espera” o de “enfriamiento”) o bien puede establecerse que las consultas o negociaciones se den “en la medida de lo posible”, lo cual implica que deben existir pero habilitarían un plazo menor si se demuestra, por ejemplo, la completa inutilidad de las negociaciones⁷⁷.

Luego de las negociaciones entre las partes de la controversia, algunos TBIs estipulan un sistema escalonado de solución de controversias mediante el cual las partes deben acudir primero a un procedimiento judicial local para luego poder someter la diferencia a arbitraje internacional. Otros TBIs, en cambio, estipulan un sistema de elección de vías, en el cual la parte que inste la solución de la controversia podrá elegir entre el procedimiento arbitral internacional o un procedimiento judicial local⁷⁸.

Ahora bien, una vez arribados al escalón del arbitraje internacional debe primero remarcarse que este medio de solución jurisdiccional de controversias es *ad hoc*, es decir, que los procedimientos y tribunales se crean para cada caso en particular. No obstante, sí debe diferenciarse entre aquellos en donde el procedimiento ocurre de forma “administrada” bajo el amparo de una institución (como el CIADI) de aquellos casos en que no. En general, la administración de un procedimiento arbitral por parte de una institución presenta diferentes variables económicas, temporales, de eficiencia y confianza que dependerán de las partes que las elijan. No obstante, existen grandes diferencias sustanciales entre un arbitraje que además se encuentra regulado por el llamado Convenio

⁷⁵ Recientemente se ha reafirmado la vigencia de esta obligación que inhibe la jurisdicción del un Tribunal CIADI o bien la admisibilidad del caso. Ver “Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)”, ICSID Case ARB/08/5, Decision sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010, párr. 340.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ A fin de demostrar la futilidad o inutilidad de un período de consultas o negociaciones los extremos a probar son exigentes y la presunción corre, en general, en contra de quien la alega.

⁷⁸ Debe resaltarse que existe controversia acerca de si por aplicación de la denominada cláusula de la Nación más Favorecida, común en la mayoría de los TBIs, un inversor beneficiario de un sistema puede optar por otro contenido en otro Tratado. Al respecto Ver los casos: “ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. República Argentina”, UNCITRAL, Caso PCA 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012 [en línea] (http://italaw.com/documents/ICS_v_Argentina_AwardJurisdiction_10Feb2012_Sp.pdf) [Consulta: 6 de abril de 2012]; “Wintershall Aktiengesellschaft v. República Argentina”, Caso CIADI ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008 [en línea] (http://italaw.com/documents/Wintershall_v_Argentina_Award_Sp.pdf) [Consulta: 6 de abril de 2012]; “Maffezini v. Reino de España”, Caso CIADI ARB/97/7, Laudo de Jurisdicción del 25 de enero de 2000 [en línea] (<http://italaw.com/documents/Maffezini-Jurisdiction-Spanish.pdf>) [Consulta: 6 de abril de 2012].

CIADI dado que, aún sometido a reglas procesales similares, tiene características relevantes respecto de otros procesos⁷⁹. Por su importancia y relevancia actual nos centraremos en una breve descripción de este organismo internacional.

a) El CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y sometido a consideración de los Estados el 18 de marzo de 1965. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y, al presente, cuenta con 157 Estados signatarios y 147 Estados parte⁸⁰.

La historia de la negociación cuenta que luego de una serie de discusiones informales y documentos de trabajo preparados por el personal del Banco Mundial, los Directores Ejecutivos decidieron que se debía convocar a reuniones consultivas de juristas designados por los distintos gobiernos miembros a fin de considerar más detalladamente la creación de un mecanismo institucional para el arreglo, mediante la conciliación y el arbitraje, de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversores extranjeros⁸¹. Estas reuniones consultivas de carácter regional se celebraron en Addis-Abeba (diciembre 16 al 20 de 1963), Santiago de Chile (febrero 3 al 7 de 1964), Ginebra (febrero 17 al 21 de 1964) y Bangkok (abril 27 a mayo 1 de 1964), gracias a la cooperación de las Comisiones Económicas de las Naciones Unidas y de la Oficina Europea de las Naciones Unidas, habiendo asistido a ellas juristas de 86 países⁸². Posteriormente, el Banco Mundial invitó a sus miembros a que designaran representantes a un Comité Legal para asesorar a los directores ejecutivos en su tarea de redacción final del Convenio⁸³.

Para los redactores del Convenio el objetivo principal del instrumento es fortalecer la asociación de los países en la causa del desarrollo económico, para lo cual la creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros podría

⁷⁹ Usualmente aquellos procedimientos no CIADI suelen estar regulados por las reglas de la CNUDMI (en inglés UNCITRAL) sobre arbitraje internacional.

⁸⁰ Ver [en línea] http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home [Consulta: 6 de abril de 2012].

⁸¹ Informe de los directores ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965, [en adelante, Informe de los Directores Ejecutivos] párrs. 6/9 [en línea] <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partB.htm> [Consulta: 6 de abril de 2012].

⁸² *Ibid.*

⁸³ Informe de los directores ejecutivos, párr. 9. Recibió asesoramiento de representantes de 61 Estados miembros.

constituir un paso importante ya que promovería un ambiente de confianza mutua así como un estímulo al libre flujo de capital privado internacional hacia aquellos países que desean atraerlo⁸⁴. La idea del Convenio CIADI era ofrecer métodos internacionales de arreglo destinados a tomar en consideración las características especiales de las diferencias que caerían dentro del mismo, así como las de las partes a que habría de aplicarse⁸⁵. Otro objetivo general es estimular las inversiones privadas internacionales, como ya vimos, pero como un medio para fomentar el desarrollo económico de los Estados. Para ello, prestaron especial atención en que sus disposiciones mantengan un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversor y los de los Estados receptores de las inversiones⁸⁶.

Para lograr tales objetivos, el Convenio CIADI crea entonces una organización internacional autónoma e independiente con personalidad jurídica propia: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones⁸⁷, cuya finalidad es solamente facilitar la presentación de diferencias relativas a inversiones a un procedimiento de conciliación y arbitraje⁸⁸ pero dicho Centro, *per se*, no se dedica a actividades de conciliación o arbitraje. Estas actividades corresponderán a las Comisiones de Conciliación y a los tribunales arbitrales que se constituyan conforme el Convenio.

Los órganos del CIADI son el Consejo Administrativo⁸⁹ y la Secretaría⁹⁰. El Consejo Administrativo posee un representante de cada uno de los Estados parte, que tendrá un voto. Los asuntos que se sometan al Consejo se deciden por mayoría, salvo que el Convenio exija una mayoría distinta (por ejemplo para elegir al Secretario General)⁹¹. El presidente del Banco Mundial es *ex officio* presidente del Consejo pero sin derecho a voto. La Secretaría está constituida por un secretario general, por uno o más secretarios generales adjuntos y por el personal del Centro⁹².

⁸⁴ Informe de los directores ejecutivos, párr. 9.

⁸⁵ Informe de los directores ejecutivos, párr. 11.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 12.

⁸⁷ Ver Convenio CIADI, art.s 18 /24.

⁸⁸ Convenio CIADI, art. 1(2).

⁸⁹ Arts. 4 al 8.

⁹⁰ Arts. 9 al 11.

⁹¹ Las funciones principales del Consejo Administrativo son la elección de secretario general y de los secretarios generales adjuntos; y la adopción del presupuesto anual del Centro, de los reglamentos administrativos y financieros, de las reglas de procedimiento a seguir para la incoación de los procedimientos, y de las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje. Los acuerdos que se adopten sobre estas materias requieren una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo.

⁹² El Convenio dispone que el secretario general desempeñe diversas funciones administrativas como representante legal, funcionario principal y registrador del Centro (arts. 7(1), 11, 16(3), 25(4), 28, 36, 49(1), 50(1), 51(1), 52(1), 54(2), 59, 60(1), 63(b) y 65). Además, al secretario general se le confieren facultades para denegar el registro de una solicitud de con-

El art. 3° del Convenio dispone que el CIADI mantenga una lista de conciliadores y una lista de árbitros, cuyos integrantes deben gozar de reconocida competencia y deben poder manifestarse con criterio imparcial⁹³. No obstante, el Convenio permite a las partes nombrar conciliadores y árbitros a personas que no figuren en las listas, pero exige que las personas así designadas reúnan las mismas cualidades que las indicadas para las listas⁹⁴. Cuando corresponde que el presidente del Consejo designe conciliadores o árbitros, aquél sólo puede nombrar personas que figuren en las listas⁹⁵.

Si bien el CIADI no concilia ni arbitra en sí, el término “jurisdicción del Centro” se usa en el Convenio para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del Convenio⁹⁶. Al respecto, el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. Debe darse por escrito y una vez otorgado no puede ser revocado unilateralmente. Tal consentimiento tiene que existir al menos en el momento en que se presenta la solicitud al Centro⁹⁷, pero puede brindarse mucho antes, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, en un compromiso entre las futuras partes litigantes respecto a una diferencia que haya surgido o en instrumentos separados. Así, un Estado receptor puede ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones o en un TBI o IIA, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversor puede dar su consentimiento mediante la aceptación por escrito de la oferta⁹⁸.

ciliación o arbitraje, a fin de evitar en esta forma la incoación de dichos procedimientos si, de acuerdo con la información ofrecida por el solicitante, encuentra que la diferencia se halla manifestadamente fuera de la jurisdicción del Centro (arts. 28(3) y 36(3)). Esta facultad limitada de “filtrar” las solicitudes de conciliación o de arbitraje se le otorga al secretario general para evitar lo enojoso que pudiera resultar para una de las partes (particularmente un Estado) la incoación de un procedimiento contra la misma en una controversia que dicha parte no hubiere consentido en someter a la jurisdicción del Centro, así como para evitar la posibilidad de que se ponga en movimiento el mecanismo del Centro en casos que caen indudablemente fuera de la jurisdicción del Centro por otras razones, como, por ejemplo, que el solicitante o la otra parte no reúna los requisitos necesarios para ser parte en los procedimientos conforme al convenio.

⁹³ Ver Convenio CIADI, art. 14(1).

⁹⁴ Ver Convenio CIADI, arts. 31(2) y 40(2).

⁹⁵ Conforme al art. 30 o 38.

⁹⁶ Ver Convenio CIADI, arts. 25 al 27.

⁹⁷ A fin de evitar el peligro de cualquier mala interpretación en este aspecto, el art. 25(4) permite expresamente a los Estados contratantes notificar anticipadamente al Centro, si así lo desean, las clases de diferencias que aceptarían someter o no a la jurisdicción del Centro. El precepto deja aclarado que la declaración del Estado Contratante en el sentido de que aceptaría someter cierta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, es sólo de carácter informativo y no constituye el consentimiento necesario para otorgarle jurisdicción al Centro. Desde luego, una declaración que excluya la consideración de ciertas clases de diferencias no constituiría una reserva al convenio.

⁹⁸ Informe de los directores ejecutivos, párr. 24.

Consistentemente con lo indicado respecto del concepto de inversión, aunque el consentimiento de las partes es un requisito previo esencial para “dar jurisdicción al Centro”, ello no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción, dado que, concordantemente con la finalidad del Convenio, la “jurisdicción del Centro” resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes⁹⁹. Asimismo, el art. 25(1) exige que la diferencia sea una “diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión”¹⁰⁰. Tal como se expresó en la sección específica, los redactores del Convenio dejaron en claro que no se ha intentado definir el término “inversión”, aunque ello no implica que cualquier tipo de “inversión” cumpla con tal requisito o bien que las partes estén absolutamente libres de pactar lo que deseen al respecto.

Respecto de las partes en la controversia, es necesario que una de ellas sea un Estado contratante (o una subdivisión política u organismo público de un Estado contratante) y que la otra parte sea un “nacional de otro Estado contratante”, comprendiendo tanto a personas físicas¹⁰¹ como a las jurídicas o de existencia ideal¹⁰².

El Convenio presume además que cuando un Estado y un inversor acuerdan acudir al arbitraje y no se reservan el derecho de acudir a otras vías, o de exigir el agotamiento previo de otras vías, la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento¹⁰³. No obstante, se reconoce en forma explícita el derecho del Estado a exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, a fin de dejar aclarado que no se intenta modificar las normas de Derecho Internacional sobre la materia¹⁰⁴. En consonancia con la intención del Convenio, el art. 27 prohíbe expresamente al Estado parte dar protección diplomática o iniciar una reclamación internacional respecto a cualquier diferencia que uno de sus nacionales haya consentido

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 25

¹⁰⁰ La expresión “diferencia de naturaleza jurídica” se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal. Informe de los directores ejecutivos, párr. 26.

¹⁰¹ Puede observarse que bajo la letra (a) del apartado (2) del art. 25, la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento.

¹⁰² La letra (b) del apart. (2) del art. 25, que trata de las personas jurídicas, es más flexible. La persona jurídica que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro si ese Estado hubiere convenido en atribuirle el carácter de nacional de otro Estado Contratante por razón de encontrarse sometida a control extranjero.

¹⁰³ Convenio CIADI, Artículo 26. Informe de los directores ejecutivos, párr. 32.

¹⁰⁴ *Ibid.*

someter, o haya sometido, a arbitraje, con la excepción de que el Estado que es parte en la diferencia no haya acatado el eventual laudo que se dicte en tal diferencia.

b) Procedimiento

El procedimiento se inicia mediante una solicitud dirigida al secretario general¹⁰⁵, quien revisa la solicitud y si conforma lo requerimientos establecidos procede a registrarla¹⁰⁶. Una vez registrada la solicitud se procede a la constitución de la Comisión de Conciliación o el Tribunal de Arbitraje, según sea el caso. El Convenio garantiza que la falta de acuerdo entre las partes sobre la constitución de la Comisión o el tribunal, o la renuencia de una de ellas a cooperar no frustre el procedimiento¹⁰⁷. Asimismo, el art. 39 del Convenio dispone que la mayoría de los miembros de un Tribunal de Arbitraje no deben ser nacionales ni del Estado que sea parte en la diferencia ni del Estado cuyo nacional sea parte en la diferencia, sin embargo, esta regla puede ser obviada cuando cada uno de los árbitros haya sido nombrado por acuerdo de las partes.

El procedimiento y facultades de las Comisiones de conciliación se establecen en las disposiciones de los arts. 32 al 35 del Convenio, siendo que en los arts. 41 al 49 se establecen las facultades y funciones de los tribunales arbitrales. Las diferencias entre los dos grupos de disposiciones reflejan la distinción básica entre la conciliación, que persigue llegar a un acuerdo de las partes, y el arbitraje, en el que el tribunal dicta una decisión vinculante en uso de su jurisdicción. Más allá de ello, dado el carácter consensual de los procedimientos, las partes pueden acordar las reglas procesales que habrán de aplicarse, pero a falta de acuerdo, el Convenio garantiza que el procedimiento seguirá y se aplicarán las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje que adopte el Consejo Administrativo¹⁰⁸.

Sobre el derecho aplicable, el Tribunal Arbitral deberá aplicar el derecho que las partes acuerden, pero, en su defecto, deberá aplicar las normas del Estado que sea parte en la diferencia así como las normas de Derecho Interna-

¹⁰⁵ Ver Convenio CIADI, arts. 28 y 36.

¹⁰⁶ Ver Informe de los Directores Ejecutivos, párr. 20. Asimismo, el art. 41 reitera el reconocido principio de que los tribunales internacionales son los llamados a resolver sobre su propia competencia; y el art. 32 aplica el mismo principio a las Comisiones de Conciliación. En relación a esto, se debe hacer notar que la facultad del secretario general para rechazar el registro de una solicitud de conciliación o de arbitraje se define en forma limitada de manera que no interfiera con la prerrogativa de las Comisiones y los tribunales de determinar su propia competencia y, por otra parte, dicho registro de la solicitud por el secretario general no impide, desde luego, que la Comisión o el Tribunal decida que la diferencia cae fuera de la jurisdicción del Centro.

¹⁰⁷ Ver Convenio CIADI, arts. 29/30 y 37/38, respectivamente.

¹⁰⁸ Arts. 33 y 44.

cional que resulten aplicables¹⁰⁹. Para los redactores del Convenio, el término “Derecho Internacional”, cuando se usa en este contexto, se debe entender en el sentido que le atribuye el art. 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹¹⁰.

c) Reconocimiento y ejecución de los Laudos arbitrales

El art. 53 declara que el laudo será obligatorio para las partes y que no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto los que establece el Convenio¹¹¹. Sin perjuicio de la suspensión de la ejecución determinada por algún recurso, las partes están obligadas a acatar y cumplir el laudo. El art. 54 exige a todos los Estados parte que reconozcan el carácter vinculante del laudo y que hagan cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por él como si se tratase de una sentencia firme de uno de sus tribunales locales. Según los redactores del Convenio, dadas las distintas técnicas procesales seguidas por los Estados, ya sea inspiradas en las jurisdicciones del llamado *common law* y las que se inspiran en el derecho civil de tradición romana, así como a los distintos sistemas judiciales existentes en Estados (unitarios, federales o de otro tipo) el Convenio no establece un método en particular para lograr el cumplimiento interno del laudo, sino que se exige a cada Estado parte que cumpla las disposiciones del Convenio de conformidad con su propio sistema jurídico¹¹².

En efecto, para los redactores del Convenio el art. 54 dispone que los Estados parte deberán dar al laudo que se dicte conforme al convenio el mismo valor que tienen las sentencias firmes de sus propios tribunales, pero no les exige que traspasen esos límites y se comprometan a la ejecución forzosa de laudos dictados conforme al Convenio en los casos en que las sentencias firmes no pudieran ejecutarse. Asimismo, el art. 55 dispone que nada de lo dicho en el art. 54 se interpretara como derogatorio de las normas vigentes en los Estados

¹⁰⁹ Ver sección *ut supra* sobre el derecho aplicable en esta rama del derecho internacional.

¹¹⁰ Informe de los directores ejecutivos, párr. 40. El art. 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia expresa: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59”.

¹¹¹ Los recursos autorizados son el de revisión (art. 51) y el de anulación (art. 52). Además, la parte puede pedir al tribunal que hubiere omitido resolver cualquier punto sometido a su conocimiento, que complemente el laudo (art. 49 (2)), y puede también solicitar la aclaración del laudo (art. 50).

¹¹² Informe de los directores ejecutivos, párr. 42.

parte relativas a la inmunidad en materia de ejecución contra dicho Estado u otro Estado extranjero¹¹³.

d) Recursos contra el Laudo

El art. 50 del Convenio dispone que si las partes difieren acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración. De ser posible, la aclaración deberá someterse al mismo tribunal que dictó el laudo, caso contrario, se constituirá un nuevo tribunal. Si el tribunal considera que las circunstancias lo exigen, se podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.

El recurso de revisión está regulado por el art. 51 del Convenio, y se funda en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, pero que al tiempo de dictarse hubiere sido desconocido por el tribunal y por la parte que inste la revisión, mientras que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia. La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes a que fue descubierto el hecho pero, nunca después de tres años de la fecha del laudo. La revisión se deberá someter al mismo tribunal que dictó el laudo, caso contrario, se constituirá un nuevo tribunal. Si el tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspende *ipso facto* provisionalmente hasta que el tribunal decida sobre tal petición.

Los laudos dictados por un tribunal conformado bajo el Convenio del CIADI no están sujetos a la anulación o cualquier otra forma de control por parte de los tribunales nacionales (no gozan de tal *status* aquellos dictados por tribunales constituidos bajo el mecanismo adicional). El Convenio del CIADI ofrece su propio sistema autónomo para su anulación y control. Bajo este procedimiento, un Comité *ad hoc*, compuesto de tres personas nombradas por el presidente del Consejo Administrativo, puede anular el laudo a solicitud de una de las partes. La anulación no es un recurso de apelación, dado que sólo se refiere a la legitimidad del procedimiento pero no a la corrección del fondo de la decisión. La anulación elimina o borra la decisión original pero no puede sustituir o corregir el laudo por uno propio. Las causales de anulación en virtud del Convenio se enumeran taxativamente en el art. 52(1):

- (a) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

¹¹³ Informe de los directores ejecutivos, párr. 43.

La primera causal se refiere generalmente a cuando algún miembro no debió formar parte del tribunal o debió alejarse por alguna causa justificada de remoción o conflicto de interés no revelado a las partes que lo hubiera inhabilitado como árbitro en ese caso. También contempla otras irregularidades en la génesis del tribunal respecto del procedimiento para conformarlo.

Por su parte, una extralimitación de facultades se produce cuando el tribunal se desvía del acuerdo de las partes para el arbitraje. Por ejemplo, un tribunal que tome una decisión sobre el fondo del asunto cuando no tiene jurisdicción o si excede su competencia. Entonces, habrá un exceso de poder cuando no hay diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión, o si los requisitos de nacionalidad del Convenio del CIADI no se cumplen. Es decir, cuando no existe un consentimiento válido al arbitraje. La falta de ejercicio de una jurisdicción que sí existe también podría constituir un exceso de poder. El Convenio del CIADI no prevé de manera expresa la anulación por no aplicación del derecho aplicable. No obstante, el derecho aplicable es un elemento esencial del consentimiento de las partes al arbitraje, por lo tanto, la aplicación de derecho distinto del acordado puede constituir una extralimitación de facultades.

A su vez, una violación de una norma de procedimiento es un motivo de anulación sólo si es grave y la norma violada es fundamental. La gravedad del alejamiento del procedimiento debe ser más que mínimo y debe haber tenido un efecto material en el laudo. Por ejemplo, una regla fundamental es aquella que afecta la imparcialidad del proceso, el derecho a ser oído, a presentar pruebas, etc.

Cuarto, los tribunales del CIADI tienen la obligación expresa de dar las razones de sus decisiones. Si razones sobre un punto determinado del Laudo faltan, son inadecuadas, contradictorias o simplemente no permiten al lector comprender los motivos del Laudo un Comité *ad hoc* puede anularlo por falta de razones.

Como dijimos, la decisión del Comité *ad hoc* puede invalidar el Laudo original, pero no lo puede subsanar o sustituir por una nueva decisión. Si el Laudo es anulado, la diferencia podrá ser sometida nuevamente a un nuevo tribunal, a petición de cualquiera de las partes.

e) Diferencias entre Estados parte

El art. 64 del Convenio otorga jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia sobre las diferencias entre Estados parte sobre la interpretación o aplicación del Convenio mientras no sean resueltas mediante negociación, a excepción de que las partes hayan acordado acudir a otro método de solución de controversias. Según los redactores del Convenio, esta disposición no confiere jurisdicción a la Corte para que revise la decisión de un Tribunal de Arbitraje en cuanto a la competencia para decidir las diferencias sobre las cua-

les entienda¹¹⁴. Asimismo, por esta disposición no se faculta a un Estado para iniciar un procedimiento ante la Corte respecto a una controversia que uno de sus nacionales y otro Estado parte hayan consentido en someter a arbitraje dado que así se vulneraría el art. 27 del Convenio CIADI¹¹⁵.

f) Otros procedimientos arbitrales posibles

Así como el CIADI establece un sistema de arbitraje institucionalizado, con reglas propias, y al amparo de un Tratado internacional multilateral que dota de ciertas particularidades a su jurisdicción, al recurso de anulación, a la naturaleza y efectos de los laudos decididos por Tribunales CIADI, entre otras. Sin embargo, debe notarse que existen otros procedimientos jurisdiccionales internacionales viables en este campo de la disciplina tales como el recurso a la reglas de la CNUDMI sobre arbitraje internacional, la Corte Permanente de Arbitraje, entre muchos otros, por los cuales transitan gran parte de los litigios existentes hoy día. Existen diferencias sustanciales y procesales diversas entre uno y otro y, como se estableció, las razones de los “usuarios” para utilizar uno u otro sistema dependerán de las circunstancias de cada caso en particular y de las estrategias y objetivos que se persigan.

V. CONCLUSIÓN

El campo del Derecho Internacional de las inversiones extranjeras es amplio, complejo y en permanente evolución. Los comentarios y descripciones generales vertidas pretenden ser una primera aproximación a una rama del Derecho Internacional cargada de, tal vez, mayor contenido práctico que teórico debido a su reciente expansión. Sin embargo, no debe perderse de vista la relación que existe entre este régimen y el Derecho Internacional general, en función de que los TBIs o IIAs son instrumentos generalmente poco detallados y muy proclives a variadas interpretaciones. Asimismo, la relación es circular, en la medida que el Derecho Internacional de las inversiones precisa, como cualquier otra rama, del Derecho Internacional general pero al aplicarse e interpretarse lo impacta necesariamente, retroalimentando a su vez a este último¹¹⁶. Algunos han caracterizado esta relación como simbiótica¹¹⁷, pero independientemente de cómo se la rotule, la relación existe y es la clave para evitar que las decisiones arbitrales, y el arbitraje de inversiones en general, naveguen

¹¹⁴ Informe de los directores ejecutivos, párr. 44.

¹¹⁵ Salvo que el otro Estado contratante hubiese dejado de acatar y cumplir el laudo dictado en relación con tal diferencia.

¹¹⁶ VILLIGER, M. E., *Customary international law and treaties: a manual on the theory and practice of the interrelation of sources*, Kluwer Law International, 1997.

¹¹⁷ MCLACHLAN, C., “Investment treaties and general international law”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57, abril de 2008 ps. 361a 401.

a la deriva en un mar de incertidumbre. En efecto, mucho se ha dicho sobre ciertas inconsistencias en la toma de decisiones relativa a esta rama del Derecho Internacional, pero la consistencia no se logra forzando una “doctrina de precedentes”¹¹⁸ donde ello no es posible, sino estableciendo apropiadamente los principios sobre los cuales se basa y determinando su rol dentro del contexto más general del Derecho Internacional. Además, cierta inconsistencia o, mejor dicho, heterogeneidad es propia de toda evolución jurídica y de la dinámica propia del Derecho Internacional en sí, máxime cuando las controversias se tratan de resolver a través de mecanismos jurisdiccionales *ad hoc* compuestos por personas de diferentes perfiles, antecedentes, formación e incentivos.

No debe entonces perderse de vista que el Derecho Internacional de las inversiones extranjeras, como parte del Derecho Internacional, comparte su regla de interpretación, incluido el principio de interpretación o de integración sistémica¹¹⁹, que constituye una de las “anclas” que tiene el Derecho Internacional para evitar el llamado proceso de fragmentación. Aquél y otros principios rectores del Derecho Internacional son los pilares apropiados para que se construyan en forma adecuada los cimientos de esta herramienta del Derecho Internacional, cuyo objetivo primordial es, y debe seguir siendo, el desarrollo y bienestar de los pueblos.

¹¹⁸ TURYN, Alejandro, “Comentarios sobre las fuentes del derecho internacional...”, cit., ps. 167 a 168.

¹¹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.3.c.

EL LÍMITE EXTERIOR DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL. LA PRESENTACIÓN ARGENTINA Y ALGUNOS ASPECTOS DE LA PRÁCTICA SEGUIDA HASTA LA FECHA

Por FRIDA ARMAS PFIRTER*

I. INTRODUCCIÓN

Este año —2012— conmemoramos el trigésimo aniversario de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR o “La Convención”)¹. Este instrumento, llamado con razón “La Constitución de los Océanos”, fue fruto de extensas y difíciles negociaciones. Tampoco fue fácil ni rápida su entrada en vigor; llevó casi doce años obtener las 60 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor². Sin embargo, la mera existencia de este texto tan negociado permitió a los Estados afianzar las instituciones consagradas en sus disposiciones.

En el tema al que nos referiremos en este artículo, el límite exterior de la plataforma continental, podemos ver que casi todos los Estados cuya plataforma continental se extiende más allá de las 200 millas marinas han adoptado en su derecho interno la fórmula del art. 76 de la CONVEMAR o bien han expresado que la consideran derecho consuetudinario. Esto es así también con algunos Estados que aún no son parte en la Convención, como los Estados Unidos, que ha establecido el criterio consagrado en la Convención para fijar

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Internacional Público. Integra la lista de conciliadores y la lista de árbitros del sistema de solución de controversias de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Integra la lista de expertos en tema de pesquerías (FAO) y la lista de expertos en el tema de Protección del Ambiente Marino (PNUMA) del sistema de solución de controversias de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Coordinadora general de la Comisión Nacional (Argentina) del Límite Exterior de la Plataforma Continental (COPLA).

¹ Fue adoptada el 30 de abril de 1982 y abierta a la firma el 10 de diciembre del mismo año.

² La Convención está abierta a todos los Estados, también los no miembros de Naciones Unidas y, de hecho, las Islas Cook y Niue son parte de la Convención y no integran el organismo internacional. Al día de la fecha son parte de la CONVEMAR 161 Estados más la Unión Europea.

el límite exterior e incluso ha intervenido dos veces en el proceso instituido por la Convención. Ello nos permite inferir que existe una aceptación consuetudinaria de los principios generales del art. 76, incluida la identificación del límite exterior de la plataforma continental de conformidad con dicha disposición³.

Transcurrieron casi veinte años desde la adopción de la CONVEMAR y seis desde su entrada en vigor, hasta que un Estado pudo realizar la presentación del límite exterior de su plataforma continental. La Federación de Rusia realizó la primera presentación, el 20 de diciembre de 2001, dando inicio a una nueva fase en la implementación de la Convención⁴. Entre mayo de 2004 y diciembre de 2008, se realizaron otras quince presentaciones y al 13 de mayo de 2009 se habían efectuado 50 presentaciones en total.

Hasta la fecha, abril de 2012, se han recibido 59 presentaciones, una presentación revisada y 45 Estados han entregado información preliminar sobre la presentación del límite exterior que harán más adelante. El análisis de las presentaciones recibidas va por la número veintitrés; de ellas catorce han recibido recomendaciones, cinco están siendo analizadas y en cuatro casos no se ha podido formar la subcomisión para que las analice porque existen controversias que lo impiden⁵.

Sólo dos Estados han depositado el límite exterior de la plataforma continental de acuerdo a las recomendaciones recibidas ante el secretario general de Naciones Unidas⁶.

A continuación se analizarán brevemente las principales disposiciones relacionadas con el trazado del límite exterior de la plataforma continental; la presentación realizada por la Argentina y algunos aspectos de la práctica seguida por los Estados y por la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC o “la Comisión”) en las presentaciones. En este proceso de interacción van surgiendo aspectos que no eran fácilmente previsibles al momento de adoptar la Convención. La práctica parece demostrar que sólo recurriendo a los principios contenidos en las disposiciones de la CONVEMAR sobre la naturaleza de la plataforma continental y el papel de la CLPC, podremos encontrar la solución a los problemas existentes y futuros.

³ Por ej.: Timor Leste, Estados Unidos de América y los Emiratos Árabes Unidos no son parte de la CONVEMAR pero consagraron en su legislación interna el criterio del borde exterior del margen continental o 200M como límite exterior de la plataforma Continental. También es interesante observar que las intervenciones de Estados Unidos (respecto de las presentaciones de Brasil, Rusia y todas aquellas relacionadas con la plataforma continental perteneciente a la Antártida) y las intervenciones de Venezuela (respecto de la presentación de Barbados) ante presentaciones de otros Estados se hicieron dentro del marco de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, creada por la CONVEMAR.

⁴ Palabras del asesor jurídico de las Naciones Unidas en ese momento, Hans Corell, doc. CLCS/32, párr. 6.

⁵ Para obtener una reseña de las presentaciones y de la información preliminar proporcionada por los Estados a la Comisión ver sitio web de DOALOS, www.un.org/Depts/los.

⁶ Irlanda y México (Boletín de Derecho del Mar nro. 71, p. 30).

*II. DISPOSICIONES DE LA CONVEMAR SOBRE LA MANERA DE ESTABLECER EL LÍMITE EXTERIOR DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL*⁷

Las principales disposiciones de la CONVEMAR relativas a la plataforma continental se encuentran en:

- Parte VI: “*Plataforma Continental*”⁸,
- Anexo II: “*Comisión de Límites de la Plataforma Continental*”⁹,
- Anexo II del Acta Final de la Conferencia: “*Declaración de entendimiento sobre un método concreto que se utilizará para determinar el borde exterior del margen continental*”.

Lo primero que hace la Convención, es definir lo que es plataforma continental¹⁰: “*lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden (...) a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio*”. Sin embargo, pone a esta “prolongación natural” un comienzo: “*más allá de su mar territorial*” y un fin “*hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas*¹¹ (...) *en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia*”¹².

Hay que tener en cuenta que, cuando en la CONVEMAR se habla de “plataforma continental”, se lo hace en un sentido jurídico, con referencia a la zona donde el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía a los efectos de exploración y explotación de los recursos naturales. Pero este término jurídico no siempre coincide con la plataforma continental geológica. Jurídicamente, la plataforma continental se puede extender hasta el borde exterior del margen continental, que comprende tres provincias fisiográficas:

- El lecho y subsuelo de la plataforma propiamente dicha: que es adyacente a la tierra emergida, se extiende hasta donde se opera un brusco cambio de pendiente
 - Talud: el declive aquí cambia abruptamente
 - Emersión continental: La pendiente pasa a ser nuevamente más suave, debido a los sedimentos que se depositan.

Como podemos ver, desde un punto de vista “físico” la plataforma continental es sólo una de las tres partes del margen continental, las otras dos son el

⁷ Ver ARMAS PFIRTER, Frida M., “El límite exterior de la Plataforma Continental”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2000, ps. 235/256.

⁸ Arts. 76 a 85.

⁹ Nueve artículos.

¹⁰ Art. 76, parág. 1 a 3.

¹¹ Se ha seguido en este trabajo el criterio de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de Naciones Unidas de abreviar millas marinas con una M mayúscula (CLCS/L.3). Una milla marina es igual a 1,8752 km.

¹² Art. 76.1.

talud y la emersión continental¹³. Sin embargo las tres integran la plataforma continental jurídica.

Para establecer hasta dónde se extiende el borde exterior del margen continental y, por lo tanto, establecer el límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200M se deberán utilizar dos criterios, a conveniencia del Estado ribereño:

— *Fórmula del espesor*: una línea trazada en relación con los puntos fijos más alejados en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el 1% de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud. Por ejemplo: si el espesor de los sedimentos en un punto es de un kilómetro, ese punto debe estar a 100 km —o menos— del pie del talud para ser utilizado para fijar el límite exterior

— *Fórmula de la distancia*: una línea trazada en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie de talud continental. El pie del talud continental, salvo prueba en contrario, se determinará como el punto de máximo cambio de gradiente en su base¹⁴.

Sin embargo, no todo se deja librado a la geografía. Se ponen dos límites en millas, más allá de los cuales no puede extenderse la plataforma continental, aunque se demuestre que el borde exterior del margen continental se encuentre fuera de ellos. Las restricciones son dos y el Estado ribereño puede elegir la que más le convenga:

— Las 350 millas marinas contadas desde las líneas de base

— Las 100 millas marinas contadas desde la isóbata de los 2500M¹⁵.

Otra limitación es que, en el caso de crestas submarinas no puede optarse por el límite de las 100 m más allá de la isóbata de los 2500M; el límite máximo son las 350M¹⁶.

El límite exterior se trazará mediante líneas rectas, cuya longitud no exceda de 60M, que unan puntos fijos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud¹⁷.

La Convención prevé un procedimiento específico para el trazado del límite exterior, en virtud del cual, el Estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200M a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC). Esta Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños si el límite presentado no se adecua a

¹³ La misma Convención aclara “*el margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental. No comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo*” Art. 76 (3).

¹⁴ Cfr. art. 76 (4) (b).

¹⁵ Cfr. art. 76 (5). Isóbata es la línea que une puntos de igual profundidad, en este caso de 2500M.

¹⁶ Cfr. art. 76 (6).

¹⁷ Cfr. art. 76 (7).

los criterios de la Convención. Una vez que el Estado fije su límite de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión, éste será definitivo y obligatorio¹⁸.

La importancia de este espacio marítimo radica en que los Estados ribereños ejercen derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de la exploración y de la explotación de sus recursos naturales. Estos derechos son exclusivos en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades sin expreso consentimiento de dicho Estado. Además los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa¹⁹ y no afectan a la condición jurídica de las aguas suprayacentes ni a la del espacio aéreo situado sobre tales aguas²⁰.

III. LA PRESENTACIÓN ARGENTINA DEL LÍMITE EXTERIOR DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL²¹

Luego de más de once años de trabajo, el 21 de abril de 2009 la República Argentina presentó el límite exterior de la plataforma continental de todo el territorio argentino —continental, islas del Atlántico Sur y Sector Antártico Argentino— ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) con sede en Naciones Unidas, Nueva York.

La Argentina ha realizado un profundo y acabado trabajo científico y técnico que le permitió fijar el límite exterior de su plataforma continental cumpliendo con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) y con las Directrices Científicas y Técnicas de la CLPC. Se han obtenido datos inéditos para el conocimiento del margen continental argentino, con el fin de que el trazado de ese límite sea el más beneficioso para el país respetando los criterios y restricciones previstos en la normativa internacional.

Este es un ejemplo de una política de Estado que la República Argentina ha desarrollado coherente e ininterrumpidamente por más de una década, que reitera los inalienables derechos argentinos sobre los archipiélagos del Atlántico Sur y el Sector Antártico argentino, de acuerdo al mandato constitucional de defender la integridad del territorio nacional.

El margen continental argentino, además de ser uno de los más extensos del mundo, desde el punto de vista geológico es un margen complejo en el que

¹⁸ Cfr. art. 76 (8).

¹⁹ Art. 77.3.

²⁰ Art. 78.1.

²¹ Ver resumen ejecutivo de la presentación argentina realizada el 21 de abril de 2009 y folleto sobre “El límite exterior de la plataforma continental argentina”.

se presentan varios de los tipos de márgenes clasificados en las Directrices Científicas y Técnicas de la CLPC.

La Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental (COPLA)²² elaboró, desde el comienzo de sus funciones, un plan general de tareas y un cronograma de trabajo que fue desarrollando dentro de los plazos previstos, de acuerdo a la normativa internacional vigente.

Se realizaron campañas oceanográficas en el margen continental argentino que permitieron recolectar la información sísmica, batimétrica, gravimétrica y magnetométrica que sirvió de base para elaborar el trazado del límite exterior. Entre las campañas realizadas se destacan las siguientes:

- Año 1996: Campaña FISIO-96.
- Año 1999: Campaña TESAC.
- Año 2000: Campaña LITORAL ATLÁNTICO-III.
- Año 2000: Campaña COPLA-2000.
- Año 2001: Campaña CAV PD-2001.
- Año 2002: Campaña COPLA 2001/2002.
- Año 2003: Campaña CAV PD-2003.
- Año 2004: Campaña COPLA BGR-2004.
- Año 2007: Campaña COPLA-2007.
- Año 2008: Campaña COPLA-2008.
- Año 2008: Campaña COPLA-HESPERIDES 2008.
- Año 2009: Campaña COPLA-2008/2009.

Se efectuó el control de calidad y el procesamiento de todos los datos adquiridos utilizando distintos *software* especializados.

Luego de procesados los datos y efectuados los filtrados necesarios, se realizaron todos los procedimientos sobre las líneas geofísicas (sísmicas, magnetométricas y gravimétricas) y batimétricas para el trazado del límite. Sobre estas líneas se determinaron 79 puntos del pie del talud, utilizando en cada área el criterio más conveniente para asegurar la mayor extensión posible de la plataforma continental.

Una vez determinados esos puntos del pie del talud, se aplicó la fórmula del 1% del espesor sedimentario o de las 60 millas desde el pie del talud, según fuera conveniente, a fin de obtener los puntos fijos que determinarían el límite exterior de la plataforma continental argentina.

²² A partir de la entrada en vigor de la CONVEMAR, la Argentina comenzó a trabajar para llevar a cabo la tarea de establecer el límite exterior de la plataforma continental. Para ello, creó en 1997, mediante la Ley 24.815, la Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental (COPLA). COPLA es una comisión interministerial, bajo dependencia directa del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto que la preside, e integrada por un miembro del Servicio de Hidrografía Naval y un miembro del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Los miembros están asistidos por un coordinador general. La Comisión cuenta con profesionales de las distintas disciplinas involucradas: geodestas, hidrógrafos, geólogos, geofísicos, cartógrafos, oceanógrafos, expertos en Sistemas de Información Geográfica, abogados y expertos en derecho internacional. Asimismo, colaboran con COPLA los organismos públicos y universidades relacionados con la temática.

Se han utilizado, en total, aproximadamente 195.000 km de datos para el trazado del límite exterior de la plataforma continental argentina. El trazado del límite está formado por 6336 puntos de coordenadas geográficas en WGS84.

La presentación del límite exterior de la plataforma continental argentina fue entregada a la CLPC el 21 de abril de 2009. Consta de un Cuerpo Principal estructurado en seis capítulos, desarrollados en trece tomos, que contienen la fundamentación científica del límite exterior de la plataforma continental argentina. En otros trece tomos y en treinta DVDs se encuentran recopilados los datos científicos y técnicos justificativos. La bibliografía de mayor relevancia fue anexada en quince tomos adicionales. Una presentación de considerables dimensiones que fue presentada en español y además traducida por nuestro país al inglés a fin de facilitar y no demorar su evaluación por parte de la CLPC, ya que ese es su idioma de trabajo.

La presentación argentina del límite exterior de la plataforma continental cumple con las disposiciones de la CONVEMAR y de las Directrices Científicas y Técnicas de la CLPC y utiliza los criterios y las restricciones previstas en la Convención de la manera más favorable para la Argentina.

Los puntos más relevantes de la presentación fueron expuestos oralmente ante la CLPC por una delegación compuesta por integrantes de COPLA y funcionarios de la Cancillería, el 26 de agosto de 2009. La exposición oral se realizó en cumplimiento de lo establecido en el reglamento de la CLPC y permitió que la Comisión se familiarizara de manera general con los datos científicos presentados por la República Argentina, a fin de determinar la futura conformación de la Subcomisión que calificará si la presentación argentina se adecua a las normas de Derecho Internacional.

Además se confeccionó una presentación audiovisual, diagramada gracias a la utilización de una combinación de *software* especializados y de un sistema de información geográfica (GIS) que brindó la posibilidad de adjuntar las imágenes relevantes y la cartografía necesaria de toda la extensión ribereña de nuestro territorio.

El Resumen Ejecutivo de la presentación es de acceso público y se encuentra en el sitio web de Naciones Unidas:

La tecnología utilizada por COPLA permitió obtener datos de la más alta calidad para determinar los 6.336 puntos de coordenadas geográficas en WGS84 que constituyen el límite exterior de la plataforma continental argentina.

El profundo trabajo técnico y científico llevado a cabo brinda certeza sobre la extensión geográfica de nuestros derechos de soberanía sobre los recursos del lecho y subsuelo en más de 1.782.000 km² de plataforma continental argentina más allá de las 200 M, que se suman a los aproximadamente 4.799.000 km² comprendidos entre las líneas de base y las 200M.

IV. PRESENTACIONES TOTALES, PARCIALES O CONJUNTAS

La Convención no establece ningún criterio sobre si la presentación del límite exterior de la plataforma continental debe ser sobre la totalidad del territorio o pueden hacerse presentaciones parciales. El art. 76 se refiere sólo a que el Estado “presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas...”. Y en el Anexo II de la Convención se habla de forma general de “presentación”.

La única referencia a una forma diferente que la presentación de la totalidad del límite exterior de la plataforma continental la encontramos en el Anexo I del Reglamento de la CLCP. Aquí, al referirse a casos dónde hay una controversia, se considera que “el Estado ribereño podrá hacer una presentación que corresponda a una parte de su plataforma continental a fin de no prejuzgar la fijación de límites entre Estados en otra parte u otras partes de la plataforma continental respecto de las que pueda hacerse posteriormente una presentación”²³.

Hasta el momento, menos de la mitad de los 59 Estados que han hecho presentaciones la han hecho de la totalidad de su plataforma continental²⁴. En el caso de Nueva Zelanda, la presentación realizada en 2006 parecía ser completa; no obstante, después que se formularon las recomendaciones de la CLPC, Nueva Zelanda mencionó la posibilidad de realizar otra presentación²⁵.

La práctica de los Estados fue más allá de lo previsto en el Anexo I, en el sentido de que la mayoría de los Estados decidió hacer presentaciones parciales por razones que no están vinculadas a controversias. Algunos realizaron presentaciones parciales porque correspondían a territorios situados en diferentes partes del mundo²⁶; otros dividieron su territorio en varias presenta-

²³ CLCS/40/Rev.1, “Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental”, Anexo I, punto 3, resaltado nuestro.

²⁴ La Federación de Rusia; Brasil; Australia; Barbados; Japón; Surinam, Myanmar; Uruguay; Argentina; Pakistán; Kenia; Nigeria; Costa de Marfil; Namibia; Costa de Marfil; Palau; Cuba; Mozambique; Maldives; Trinidad y Tobago; Guyana; Bangladesh; Madagascar; Portugal; Sri Lanka.

²⁵ En relación con la presentación de las Islas Cook, Nueva Zelanda declaró que no objetaba que la Comisión formulara recomendaciones respecto de la presentación de las Islas Cook sobre la base de que esta consideración no fuera en detrimento de la delimitación o cualquier presentación futura que efectuase Nueva Zelanda ante la CLPC en relación con la plataforma continental ampliada de Tokelau. Nota UN/7/12/1A, fechada el 29 de junio de 2009, en www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/cok23_09/cok23_nzl29jun09.pdf.

²⁶ Por ej., Francia realizó cinco presentaciones (una en conjunto con Irlanda, España y el Reino Unido; zonas de la Guyana Francesa y Nueva Caledonia; las Antillas Francesas y las Islas Regulen; una en conjunto con Sudáfrica; Isla La Reunión e Islas de San Pablo y Amsterdam) más dos entregas de información preliminar (sobre Polinesia Française et Wallis et Fortuna y sobre Saint-Pierre et Miquelón); el Reino Unido ha efectuado cuatro presentaciones; y muchos otros países, dos presentaciones. Algunos Estados han realizado una presentación parcial pero también han entregado información preliminar sobre otras presentaciones parciales que realizarán más adelante: Mauricio; México, Mozambique; Papua Nueva Guinea; Seychelles.

ciones debido a la complejidad de los problemas que se les presentaban o a la forma como organizaron sus tareas; en algunos casos se limitaron a realizar la presentación sólo en las zonas en que no existe una controversia²⁷.

Algunas fueron presentaciones parciales pero conjuntas con otros Estados, generalmente en áreas donde hay una zona compartida con límites aún no resueltos. En la primera de este tipo, España, Francia, Irlanda y el Reino Unido declararon que consideraban que la presentación consistía en un “único proyecto” y que, para cada uno de estos cuatro Estados ribereños, la presentación conjunta representaba una presentación parcial. En su opinión, esta porción de la plataforma no es objeto de controversia alguna y su consideración por parte de la Comisión no irá en detrimento de cuestiones relativas al trazado de los límites entre estos cuatro Estados ribereños y cualquier otro Estado²⁸. También se efectuaron otras presentaciones conjuntas²⁹, al mismo tiempo que presentaciones parciales individuales³⁰.

Todas estas razones era perfectamente válidas las presentaciones parciales por razones diversas de controversias no fueron objetadas por ningún Estado y fueron aceptadas y consideradas por la CLPC.

V. CONTROVERSIAS

La resolución de controversias es un tema muy sensible en todos los ámbitos, y el trazado del límite exterior de la plataforma continental no constituye una excepción. Las disposiciones de la CONVEMAR relativas a esta cuestión son sucintas. La Convención establece expresamente que ni sus disposiciones ni las actuaciones de la CLPC prejuzgarán los asuntos relativos a la fijación de los límites entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente³¹. La Comisión, al redactar su Reglamento, fue más allá y especificó que no actuaría en caso de controversias *territoriales o marítimas* pendientes³².

²⁷ Irlanda en la Llanura Abisal Porcupine (25 de mayo de 2005); México respecto del polígono occidental en el Golfo de México (19 de diciembre de 2007).

²⁸ Presentación conjunta, 19 de mayo de 2006.

²⁹ Presentación conjunta de España, Francia, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la zona del Mar Céltico y el Golfo de Vizcaya (19 de mayo de 2006); presentación conjunta de la República de Mauricio y la República de Seychelles en la Región de la Meseta de las Mascareñas (1 de diciembre de 2008); presentación conjunta de los Estados Federados de Micronesia, Papua Nueva Guinea y las Islas Salomón en relación con la Meseta de Ontong Java (5 de mayo de 2009); presentación conjunta de Malasia y Vietnam en la región sur del Mar de China Meridional (6 de mayo, 2009); presentación conjunta de Francia y Sudáfrica en la zona del Archipiélago de Crozet y las Islas del Príncipe Eduardo (6 de mayo de 2009).

³⁰ Por ej., Fiyi realizó la presentación nro. 24 el 20 de abril de 2009 como presentación parcial individual. Y realizó dos entregas de información preliminar parciales conjuntas el 21 de abril de 2009: Fiyi y Solomon Islands por una parte y Fiyi, Solomon Islands y Vanuatu por la otra.

³¹ CONVEMAR Art. 76, 10) y Anexo II Art. 9.

³² CLCS/40/Rev. 1: Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, Art. 46 y Anexo I.

En el art. 46 y el Anexo I del Reglamento se desarrolla este concepto y se contemplan diversos escenarios. De acuerdo con el art. 46:

Presentaciones en caso de controversia entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente u otras controversias territoriales o marítimas pendientes

1. *Las presentaciones que correspondan a controversias que surjan respecto de la delimitación de la plataforma continental entre Estados cuyas costas estén situadas frente a frente o sean adyacentes o a otras controversias territoriales o marítimas pendientes podrán hacerse y se examinarán de conformidad con el anexo I del presente Reglamento.*

2. *Las decisiones que adopte la Comisión no prejuzgarán cuestiones relativas a la fijación de los límites entre Estados.*

En el Anexo I del Reglamento, se precisa la forma en que deberá actuar la Comisión:

1. *La Comisión reconoce que la competencia sobre las cuestiones relativas a las controversias que surjan en cuanto a la determinación del límite exterior de la plataforma continental reside en los Estados.*

2. *En los casos en que, en relación con una presentación, exista una controversia respecto de la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas situadas frente a frente o adyacentes u otras controversias territoriales o marítimas pendientes, la Comisión:*

a) *Será informada de esa controversia por los Estados ribereños que hayan hecho la presentación;*

b) *Recibirá seguridades, en la medida de lo posible, por parte de los Estados ribereños que hayan hecho la presentación de que ésta no prejuzga cuestiones relativas a la fijación de los límites entre Estados.*

3. *Sin perjuicio del plazo de diez años que fija el art. 4º del anexo II de la Convención, el Estado ribereño podrá hacer una presentación que corresponda a una parte de su plataforma continental a fin de no prejuzgar la fijación de límites entre Estados en otra parte u otras partes de la plataforma continental respecto de las que pueda hacerse posteriormente una presentación.*

4. *Dos o más Estados ribereños podrán, mediante acuerdo, hacer presentaciones conjuntas o por separado a la Comisión pidiéndole que formule recomendaciones sobre delineación:*

a) *Sin tener en cuenta la fijación de límites entre esos Estados, o*

b) *Indicando por medio de coordenadas geodésicas la medida en que la presentación no prejuzga cuestiones relativas a la fijación de los límites con otro u otros Estados partes en ese acuerdo.*

5.a) *En caso de que haya una controversia territorial o marítima, la Comisión no considerará ni calificará la presentación hecha por cualquiera de los Estados partes en esa controversia. No obstante, la Comisión podrá considerar una o varias presentaciones respecto de las zonas objeto de controversia con el consentimiento previo de todos los Estados que sean partes en ella.*

b) Las presentaciones hechas ante la Comisión y las recomendaciones que ésta apruebe sobre aquéllas deberán entenderse sin perjuicio de la posición de los Estados que sean partes en una controversia territorial o marítima.

6. La Comisión podrá pedir al Estado que haga una presentación que colabore con ella a fin de no prejuzgar cuestiones relativas al trazado de límites entre Estados con costas situadas frente a frente o adyacentes.

En el marco de estas disposiciones, los Estados han adoptado diferentes enfoques en sus presentaciones.

1. Inexistencia de controversias

En algunos casos, los Estados que realizaron sus presentaciones declararon que no tenían problemas de soberanía o de límites relacionados con esa presentación y, efectivamente, ningún Estado objetó la presentación realizada ni formuló comentarios al respecto³³.

En otros, no hubo tampoco ninguna objeción ni comentario pero los Estados al hacer la presentación manifestaron que habían sido resueltas las controversias por acuerdos previos con los Estados vecinos, como ocurrió con Brasil³⁴, México, Mauricio y Seychelles³⁵, entre otros.

Algunos Estados, entre ellos la Federación de Rusia, no hicieron referencia alguna a la existencia o ausencia de controversias en sus presentaciones, pero rápidamente los Estados potencialmente afectados presentaron notas expresando su posición.

2. Consideración de una presentación por parte de la CLPC sin perjuicio de la delimitación definitiva

En el caso de presentaciones en las que existe una controversia pendiente, la mayoría de los Estados han optado por permitir que la Comisión analice la presentación y efectúe recomendaciones, pero dejando claro que ni el análisis ni las recomendaciones prejuzgarán sobre la delimitación de la plataforma continental entre esos países.

En algunas presentaciones se ha incluido referencias a negociaciones mantenidas previamente con los Estados que podrían verse afectados, y se ha indicado además que se firmaron acuerdos para permitir a la CLPC efectuar recomendaciones sin perjuicio de la delimitación definitiva, la cual se haría de forma bilateral. Como confirmación de ello, la CLPC ha recibido notas de Estados limítrofes o con posibles controversias en relación con las presentaciones realizadas. En dichas notas, los Estados reafirman su posición y ponen de manifiesto que las presentaciones a ser consideradas por la CLPC y cualquier

³³ Caso del Reino Unido en relación con la Isla Ascensión.

³⁴ Doc. CLCS/42, para. 11.

³⁵ Doc. CLCS/62, para. 64.

recomendación que este organismo efectúe no prejuzgarán presentación futura alguna, ni la delimitación de la plataforma continental de dichos países.

Las siguientes comunicaciones son ejemplos de lo antedicho: Tonga³⁶ y Fiyi³⁷ en relación con la presentación de Nueva Zelandia; Nueva Zelandia³⁸ y Suriname³⁹ en relación con la presentación de Francia; y las comunicaciones recibidas en relación con las presentaciones de Barbados⁴⁰, Cuba⁴¹, España⁴², Indonesia⁴³, Portugal⁴⁴, Sri Lanka⁴⁵ y Tonga⁴⁶.

³⁶ Nota F.328/9, del 8 de abril de 2008.

³⁷ Nota 6/10/8/5, del 23 de junio de 2006.

³⁸ Nota 08/07/11, del 15 de agosto de 2007.

³⁹ Nota 138/07, del 17 de agosto de 2007.

⁴⁰ Nota de Suriname: no presentó objeción pero estableció que no prejuzgaría presentación futura alguna de Suriname ni la delimitación; véase Nota 9509 del 6 de agosto de 2008, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/brb08/sur_aug_2008.pdf.

⁴¹ México declaró que la presentación de Cuba y toda recomendación conexa por parte de la CLPC deberían entenderse sin perjuicio de presentación futura alguna por parte de México en relación con el Polígono Oriental, ni de la delimitación de la plataforma continental en esta zona entre los dos Estados. No obstante el resultado de las recomendaciones efectuadas por la CLPC y el límite exterior fijado por el gobierno de Cuba sobre la base de dichas recomendaciones, la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas en el Polígono Oriental “se efectuará por acuerdo entre los Estados sobre la base del derecho internacional”, Nota ONU03534 del 21 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/cub51_09/mex_re_cub_clcs51_e.pdf.

⁴² Portugal no objeta que la Comisión considere y formule recomendaciones sobre la presentación de España en relación con la región del Banco de Galicia en la medida en que dichas recomendaciones no prejuzguen la delimitación futura de la plataforma continental entre Portugal y España; véase la Nota ONU/2009/134, del 29 de mayo de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/esp4747_09/prt_re_esp2009.pdf.

⁴³ India declaró que la consideración por parte de la CLPC no debe prejuzgar la delimitación de la plataforma continental entre la India e Indonesia, que será definida mediante un acuerdo mutuo; véase Nota NY/PM/443/1/2009 del 25 de marzo de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/idn08/clcs12_2008_ind_e.pdf.

⁴⁴ España no planteó objeción alguna a la consideración por parte de la CLPC sin perjuicio de la delimitación definitiva; véase Nota 353 AV/ot, del 28 de mayo de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/prt44_09/esp_re_prt2009.pdf. Se emitió otra notificación en donde no se planteó objeción alguna a la solicitud de Portugal en relación con la región de las Islas Madeira, a condición de que ello no prejuzgara los derechos de España en relación con la extensión de su plataforma continental en la zona ubicada al oeste de las Islas Canarias. Respecto de dicha extensión, España ha presentado información preliminar de conformidad con la decisión SPLOS/183. En consecuencia, España notificó a la Comisión su deseo de realizar de forma conjunta con Portugal la delimitación lateral de la plataforma continental ni bien la Comisión haya evaluado la reivindicación efectuada por España; véase Nota 381 AV/ot, del 10 de junio de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/prt44_09/esp_re_prt2009_2e.pdf.

⁴⁵ Maldivas informó que se encuentra en proceso de preparación de su propia presentación y, por tanto, se reserva el derecho de formular comentarios sobre la presentación de Sri Lanka en el futuro; véase la Nota (G3) UN-A/2009/2 del 4 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/lka43_09/clcs_43_2009_los_mal.pdf.

⁴⁶ Nueva Zelandia no objeta que la CLPC considere y efectúe recomendaciones sobre la presentación tongana a condición de que no prejuzgue ninguna cuestión relativa a la fijación de

Otro caso es el de Noruega y la Federación de Rusia. Dos zonas de la plataforma continental más allá de las 200 M, son objeto de consultas para la delimitación entre ambos Estados: el “Loophole” del Mar de Barents y la Cuenca Nansen occidental en el Océano Ártico. Aunque Rusia no mencionó la controversia pendiente cuando realizó su presentación, Noruega accedió a que la Comisión considerara y efectuara recomendaciones sobre dicha zona según la presentación rusa, sin perjuicio de la delimitación bilateral futura⁴⁷. Al realizar su presentación casi cinco años después, Noruega notificó a la CLPC que las zonas del Loophole y el sector oriental de la Cuenca Nansen occidental eran objeto de negociaciones bilaterales con la Federación de Rusia con miras a celebrar un acuerdo de límite marítimo entre los dos Estados. El gobierno de la Federación de Rusia, a su vez, declaró que no objetaba que la Comisión considerara e hiciera recomendaciones sobre esta parte de la presentación, sin perjuicio de delimitación futura⁴⁸.

El caso de Barbados y Trinidad y Tobago es en cierta manera diferente. Barbados sostuvo en su presentación que las controversias entre ambos países habían sido resueltas. Trinidad y Tobago rechazó esa afirmación de Barbados y sostuvo que no había celebrado consultas sobre este tema, como lo requiere el Reglamento. No obstante, Trinidad y Tobago decidió, tanto por el bien de la Comisión, como por el de los Estados parte de la CONVEMAR, no objetar la consideración de la presentación de Barbados⁴⁹. Venezuela, que no es parte en la CONVEMAR, presentó una nota esgrimiendo que Barbados había violado el Reglamento de la CLPC por no haber consultado con Venezuela sobre su presentación. También indicó que las acciones de la CLPC no deben prejuzgar asuntos relativos a la fijación de límites entre Venezuela y sus Estados vecinos en el Océano Atlántico. Venezuela también se refirió al Derecho Internacional consuetudinario y especificó que hacía estas declaraciones independientemente del hecho de que no ser Parte de la CONVEMAR⁵⁰.

En cuanto a la presentación de Cuba, Estados Unidos —que no es miembro de la Convención— hizo referencia a un posible solapamiento en el Polígono Oriental del Golfo de México y esgrimió que la CONVEMAR y el Regla-

límites entre Nueva Zelanda y Tonga; véase Nota UN/7/12/1A, de 6 de septiembre de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/ton46_09/ton46_nzl29jun09.pdf.

⁴⁷ Doc. CLCS.01.2001.LOS/NOR.

⁴⁸ Nota 82/n, del 21 de febrero de 2007.

⁴⁹ Es de interés observar que Trinidad y Tobago declaró que toda objeción por parte de Barbados a la presentación de Trinidad y Tobago dará origen a una controversia respecto de la totalidad de la zona donde se superponen los derechos de Trinidad y Tobago y Barbados. Toda controversia semejante se materializará a partir de la fecha de recepción de esta correspondencia que se opone directamente a la posición adoptada por Barbados en su Resumen Ejecutivo; véase la Nota 173, del 11 de agosto de 2008, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/brb08/tto_aug2008.pdf.

⁵⁰ Nota 00766, del 9 de septiembre de 2008, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/brb08/ven_sept_2008.pdf.

mento de la CLPC estipulan que las actuaciones de la Comisión no prejuzgarán los asuntos relativos a la fijación de los límites entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente. Por esta razón, Estados Unidos manifestó que no objetaba la solicitud de Cuba a la Comisión para que considerara la documentación de su presentación y formulara recomendaciones sobre la base de esa documentación pero aclaró que el alcance de dichas recomendaciones no prejuzgará la fijación de los límites exteriores de la plataforma continental entre los dos países⁵¹.

3. Acuerdos previos relativos al límite exterior

En otros casos, los Estados que han optado por permitir que la Comisión analice la presentación y efectúe recomendaciones, pero dejando claro que ni el análisis ni las recomendaciones prejuzgarán sobre la delimitación de la plataforma continental entre esos países, han celebrado acuerdos previos en los que dejaron plasmada su decisión de que las presentaciones no afectarían su posición. Por ejemplo, Noruega, Islandia y Dinamarca/Faroe⁵², y entre Noruega y Dinamarca/Groenlandia celebraron acuerdos de este tipo.

Kenia y Somalia firmaron un “Memorando de entendimiento” donde acordaron no plantearse objeciones respecto de las presentaciones a la Comisión sobre el límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200M⁵³.

Los Estados miembros de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) llegaron a un acuerdo en una reunión celebrada en Acra del 24 al 26 de febrero de 2009, en la cual los cinco Estados miembros de la CEDEAO (Benín, Costa de Marfil, Ghana, Nigeria y Togo) convinieron en que los asuntos relativos a la fijación de los límites adyacentes o situados frente a frente seguirían debatiéndose con espíritu de cooperación a fin de llegar a una delimitación definitiva después de la presentación de información preliminar o de la presentación propiamente dicha. Los Estados miembros asumieron el compromiso de redactar una nota de “no objeción” a la presentación de sus vecinos. En consecuencia, Ghana remitió notas de no objeción a las presen-

⁵¹ Nota de Estados Unidos fechada el 30 de junio de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/cub51_09/usa_re_cuba_2009.pdf.

⁵² Actas fechadas el 20 de septiembre de 2006, sobre la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas entre las Islas Faroe, Islandia y Noruega en la parte meridional de Banana Hole en el Atlántico nororiental; Nota FNY07010008/97.B.512 de Islandia, del 29 de enero de 2007; y Nota 119.N.8 de Dinamarca, del 24 de enero de 2004.

⁵³ El Memorando se firmó el 7 de mayo de 2009, y se mencionó en el Resumen Ejecutivo de la presentación keniana y en la Nota XRW/00506/08/0 del 19 de agosto de 2009. Esta nota menciona el art. 5(a) del Anexo I del Reglamento, pero expresa el consentimiento de Somalia para que la CLPC examine la presentación keniana sin perjuicio de la presentación futura de la República Somali. Véase www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/ken35_09/som_re_ken_clcs_35.pdf.

taciones de Costa de Marfil y Nigeria, y Nigeria remitió una nota similar en relación con la presentación de Ghana⁵⁴.

Tanzania, que hizo la última presentación hasta la fecha, tenía pendiente el límite exterior de la plataforma continental con sus dos vecinos: Kenia y Mozambique. A través de un tratado celebrado el 23 de junio de 2009 con Kenia extendieron su frontera marítima del acuerdo de 1976 hasta lo más externo del límite de la plataforma continental “*and such other outermost limits of national jurisdiction as may be determined by international law*”. Con Seychelles firmaron un Memorándum de Entendimiento el 2 de mayo de 2011 en el que se comprometían a no perjudicar las respectivas presentaciones en áreas dónde pudiera haber potenciales superposiciones⁵⁵.

4. *Objeción total*

Algunas de las presentaciones recibieron objeciones totales por parte de otros Estados de manera que la CLPC, de conformidad con su Reglamento, no puede considerar ni calificar esas presentaciones⁵⁶. A continuación se describen algunos ejemplos.

Japón presentó un documento de posición respecto de la presentación de la Federación de Rusia en relación con las “Cuatro Islas”, que Rusia denomina “Islas Kuriles”⁵⁷. Japón objetó que Rusia no hubiera informado la controversia, y solicitó de forma expresa a la Comisión que, al considerar la presentación, no tomara medida alguna que prejuzgara la cuestión territorial de las Cuatro Islas ni la delimitación de la plataforma continental y la Zona Económica Exclusiva entre Japón y la Federación de Rusia. En consecuencia, la Comisión no consideró la zona en cuestión.

En relación con la presentación conjunta de Malasia y Vietnam, China ha reivindicado una “soberanía indiscutible” sobre las islas del Mar de China Meridional y aguas adyacentes, y afirmó que su posición encuentra gran aceptación en la comunidad internacional. China declaró que la plataforma continental más allá de las 200 M tal como se la describe en la presentación de Malasia/Vietnam ha afectado seriamente su propia soberanía, sus derechos soberanos y jurisdicción en el Mar de China Meridional. De acuerdo con el párr.

⁵⁴ Nota UN-15(1)a, 28 de julio de 2009; Nota UN-15(1)b, 28 de julio de 2009; y Nota 194/09, 22 de junio de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/cvi42_09/clcs_42_2009_los_gha.pdf; www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/nga38_09/clcs_38_2009_los_gha.pdf; www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/gha26_09/nga_re_gha.2009pdf.pdf.

⁵⁵ Resumen Ejecutivo de la presentación de Tanzania, punto 5 “Maritime Delimitations and absence of disputes”.

⁵⁶ CLCS/40/Rev. 1, Anexo I, punto 5 (a).

⁵⁷ Doc. CLCS.01.2002.LOS/JPN, del 14 de marzo de 2002.

5(a) del Anexo I del Reglamento de la CLPC, China solicitó “seriamente” a la Comisión que no considerase la presentación conjunta de Malasia y Vietnam⁵⁸.

La presentación de Vietnam fue objetada por China sobre la base de las mismas consideraciones⁵⁹. También fue objetada por Filipinas, que afirma tener zonas en disputa y superpuestas. En consecuencia, Filipinas invocó el párr. 5(a) del Anexo I del Reglamento de la Comisión y solicitó a este organismo que se abstuviera de considerar la “presentación unilateral de Vietnam” hasta que las partes hubieran debatido y resuelto sus controversias⁶⁰.

La presentación del Reino Unido en relación con la plataforma continental a lo largo de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur fue rechazada por Argentina, que solicitó de forma expresa a la CLPC que no la considerase ni la calificase⁶¹. La CLPC decidió que, debido a la objeción argentina, no se formará una Subcomisión para analizar esa presentación del Reino Unido.

A su vez, el Reino Unido solicitó a la Comisión que no examinase la parte de la presentación argentina relativas a la zona en cuestión⁶². La CLPC tomó nota de la comunicación del Reino Unido de fecha 6 de agosto de 2009 y de las opiniones manifestadas en relación con esa nota verbal en la exposición oral de la Argentina sobre su presentación. Tomando en consideración ambos elementos, la Comisión decidió que, de acuerdo con su reglamento, no se hallaba en condiciones de examinar ni de calificar las partes de la presentación que fuesen objeto de controversia. La Comisión decidió que encargaría a la Subcomisión que actuase en consecuencia, una vez que se hubiese establecido de acuerdo con el párr. 4 ter del art. 51 del reglamento, en un período de sesiones futuro⁶³.

5. Objeción total “por el momento”

Filipinas solicitó a la Comisión que se abstuviera de considerar la presentación de Palau hasta que las partes hubieran debatido y resuelto sus controver-

⁵⁸ Nota de China al Secretario General de las Naciones Unidas, CML/17/2009, del 7 de mayo de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf.

⁵⁹ Nota de China, CML/18/2009, del 7 de mayo de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/chn_2009re_vnm.pdf. En su respuesta a las notas chinas, Vietnam hizo valer sus derechos; véase Nota 86/HC-2009, del 8 de mayo de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/vnm_re_chn_2009re_vnm.pdf.

⁶⁰ Nota 000818 de Filipinas, del 4 de agosto de 2009, a la cual Vietnam respondió mediante la Nota 240HC-2009m, del 18 de agosto de 2009; véanse los textos en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/clcs_37_2009_los_phl.pdf; y www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/vnm_re_phl_2009re_vnm.pdf.

⁶¹ Nota N.U. 290/09/600, del 20 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/gbr45_09/arg_re_gbr_clcs_2009e.pdf.

⁶² Nota 84/09, del 6 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/clcs_45_2009_los_gbr.pdf.

⁶³ CLCS/64 puntos 72 a 77.

sias, afirmando que ambos países tienen jurisdicciones marítimas superpuestas en lo que se refiere a la ZEE de 200 M y la plataforma continental de 200 M, lo cual todavía debe ser resuelto por los dos países⁶⁴.

En relación con la presentación de Myanmar⁶⁵, Bangladesh solicitó a la CLPC que pospusiera su consideración hasta julio de 2011, cuando realizará su propia presentación. Bangladesh hizo referencia a tres cuestiones. La primera tenía que ver con las negociaciones para la delimitación que estaban manteniendo los dos países. La segunda era que las líneas de base de Myanmar habían sido objetadas por Bangladesh y, puesto que la CLPC no tiene competencia en asuntos relativos a las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, afirmaba que no debía interpretarse que la CLPC avala líneas de base en disputa que, según Bangladesh, contradicen la CONVEMAR y el Derecho Internacional. Por último, Bangladesh formuló comentarios relativos a la morfología, la geología y la tectónica descritas en la presentación de Myanmar. En consecuencia, invocando el párr. 5(a) del Anexo I del Reglamento, el gobierno de Bangladesh observó que, dada la existencia de una controversia entre Bangladesh y Myanmar, la Comisión no podrá “considerar ni calificar” la presentación de Myanmar sin el “consentimiento previo de todos los Estados que sean partes en ella”. Bangladesh expresó además que haría todo lo posible para lograr un acuerdo práctico con Myanmar a fin de permitir a la Comisión considerar tanto la presentación de Myanmar como la que Bangladesh procura realizar en julio de 2011⁶⁶. En el año 2009 ambos Estados acudieron al Tribunal Internacional del Derecho del Mar por la controversia en relación a sus límites marítimos⁶⁷. Cuando Bangladesh realizó la presentación, en el 2011⁶⁸, Myanmar objetó la existencia de plataforma continental de Bangladesh más allá de las 200 M y recordó que ambos Estados habían decidido someterla controversia ante el tribunal. El tribunal dictó la sentencia el 14 de marzo de 2012⁶⁹.

⁶⁴ Nota 00820, del 4 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/plw41_09/clcs_41_2009_los_phl.pdf.

⁶⁵ Fue la presentación 16, realizada el 16 de diciembre de 2008.

⁶⁶ Nota verbal de Bangladesh PMBNY-UNCLOS/2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mmr08/clcs16_2008_mmr_bgd_e.pdf. También Sri Lanka, India y Kenya presentaron notas con objeciones al contenido de la presentación de Myanmar, pero no objetaron la consideración de la presentación por la CLPC, simplemente dejaron a salvo sus derechos.

⁶⁷ ITLOS Case nro. 16: *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*.

⁶⁸ Presentación 55, realizada el 25 de febrero de 2011. Fue realizada dentro del plazo de los diez años porque Bangladesh es parte de la CONVEMAR desde el 27 de julio de 2001.

⁶⁹ Ver texto en http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/1-C16_Judgment_14_02_2012.pdf.

Vanuatu, al objetar la presentación de Fiyi⁷⁰, lo hizo en el marco del art. 5 (a) del Reglamento y condicionando a que, cuando realice su presentación del límite exterior de la plataforma continental en la zona en controversia, la CLPC podrá considerar conjuntamente la presentación de Fiyi. Vanuatu observó que, dada la existencia de una controversia entre Vanuatu y Fiyi en relación con los derechos de los sectores de la plataforma continental reivindicados por Fiyi en su presentación parcial, la Comisión no podrá “considerar ni calificar” la presentación parcial de Fiyi sin el “consentimiento previo de todos los Estados que sean partes en ella”. Vanuatu, a su vez, declaró que haría todo lo posible para lograr un acuerdo práctico con Fiyi que permitiera a la Comisión considerar tanto la presentación parcial de Fiyi como cualquier presentación que realice Vanuatu⁷¹.

Marruecos objetó tanto la presentación española como la portuguesa, y afirmó su intención de estudiar el plan que tienen ambos países de fijar el límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 M en la zona ubicada al oeste de las Islas Canarias, así como de transmitir en su debido momento su posición al respecto. Marruecos afirmó que, mientras tanto, rechaza cualquier acto tendiente a delimitar unilateralmente la plataforma continental, y exige que se apliquen las normas pertinentes del Derecho Internacional, la práctica internacional y la doctrina jurídica⁷².

Somalia, que ha presentado información preliminar, remitió una nota en relación con la presentación yemení. La nota declaraba que todavía no se ha resuelto la delimitación de la plataforma continental entre Somalia y Yemen; en consecuencia, es posible que exista un solapamiento entre las zonas de la plataforma continental más allá de las 200 M que reivindican los dos Estados ribereños. Somalia expresó que las cuestiones de delimitación pendientes entre dos Estados ribereños, así como cualquier solapamiento entre las zonas de la plataforma continental más allá de las 200 M que sean reivindicadas por ellos, deben considerarse de conformidad con el art. 46 y el Anexo I del Reglamento. Según Somalia, a efectos del párr. 5(a) del Anexo I, las cuestiones de delimi-

⁷⁰ Presentación 24 realizada por Fiyi el 21 de abril de 2009.

⁷¹ Nota verbal de Vanuatu, del 12 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/fji24_09/clcs_24_2009_los_vut.pdf. Nota 00820, del 4 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/plw41_09/clcs_41_2009_los_phl.pdf.

Fue la presentación 16, realizada el 16 de diciembre de 2008.

Nota verbal de Bangladesh PMBNY-UNCLOS/2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mmr08/clcs16_2008_mmr_bgd_e.pdf. También Sri Lanka, India y Kenya presentaron notas con objeciones al contenido de la presentación de Myanmar, pero no objetaron la consideración de la presentación por la CLPC, simplemente dejaron a salvo sus derechos.

ITLOS Case nro. 16: *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*.

⁷² Nota NV/187/09 y Nota NV/188/09, del 16 de mayo de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/esp47_09/mar_re_esp2009e.pdf y www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/prt44_09/mar_re_prt2009e.pdf.

tación pendientes deben considerarse una “controversia marítima” y las zonas reivindicadas por ambos países, “zonas en disputa”. Somalia afirmó que estaba dispuesta a consultar con Yemen a fin de llegar a un acuerdo o entendimiento que permitiese a la Comisión considerar y formular recomendaciones sobre las presentaciones de los dos Estados ribereños en relación con las zonas en disputa, sin perjuicio de la delimitación definitiva de la plataforma continental que ambos definan ulteriormente. En espera de dicho acuerdo o entendimiento, Somalia solicitó a la Comisión que no tomara medida alguna que pudiera perjudicar cualquier delimitación bilateral futura en la zona marítima en cuestión⁷³.

En el caso de la presentación de Pakistán, Omán expresó que es fundamental que no se considere esta presentación hasta que haya finalizado y enviado su propia presentación. Omán afirmó que estaba dispuesto a cooperar y a debatir con sus vecinos la presentación que tiene prevista⁷⁴. Hasta el momento, Omán solo ha presentado información preliminar sobre una región que comprende la misma zona que Pakistán reivindicó en su presentación, aunque no se limita a ella.

6. Problemas posteriores a la presentación

Después que se realizaron las presentaciones, surgieron algunos posibles problemas de superposición. Por ejemplo, en relación con la presentación de Francia, Vanuatu presentó una nota en la cual declaraba que impugnaba el reclamo de soberanía francés sobre las Islas Mathew y Hunter, y posteriormente objetó la presentación reciente de Francia, en relación con una plataforma continental ampliada en dicha zona⁷⁵. Francia tomó nota de esta objeción y, en consecuencia, solicitó en su presentación oral a la Comisión que se abstuviera de considerar la parte de la presentación relativa a la zona ubicada en el sector sudoriental de Nueva Caledonia. Francia declaró que Vanuatu ni ningún otro Estado debían considerar esta acción como un reconocimiento de la legitimidad de la posición de Vanuatu⁷⁶.

⁷³ Nota XRW/00508/08/09, del 19 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/yem09/som_re_yem_clcs18.pdf.

⁷⁴ National Rights Reservation, en la Nota 5223/25220/2211/686, del 7 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/pak29_09/omn_re_pak_2009.pdf.

⁷⁵ Nota fechada el 11 de julio de 2007.

⁷⁶ Doc. CLCS/56, párr. 40.

7. Notas en relación con las Recomendaciones elaboradas por la CLPC

Indonesia presentó una nota relativa a una parte de las recomendaciones de la Comisión sobre la presentación de Australia⁷⁷. Indonesia recordó que el punto denominado ARG-ECS-1 de la región de Argo coincide con el punto A82 del Tratado de 1997 entre Indonesia y Australia. Indonesia informó que el Tratado de 1997 aún debe ratificarse y, por tanto, no está en vigencia. En consecuencia, según Indonesia, la determinación del punto ARG-ECS-1 no tiene efecto legal⁷⁸. No obstante, Indonesia no había presentado objeción ni explicación alguna sobre el punto A82 cuando se realizó la presentación australiana en 2004.

VI. ALGUNAS NOTAS NO RELACIONADAS CON PROBLEMAS DE SOBERANÍA

1. España-Noruega

La nota remitida por España a Noruega dio lugar a una situación especial. En dicha nota, España reserva sus derechos relativos a la explotación de los recursos existentes en la plataforma continental, incluida la ampliada, que se pudiera generar a partir del Archipiélago de Svalbard⁷⁹. Noruega respondió que las opiniones expresadas por España se relacionaban con la aplicación y la interpretación de determinadas disposiciones del Tratado de Svalbard de 1920, donde se vuelcan opiniones diferentes. Según Noruega, estas cuestiones no afectan de ningún modo la interpretación ni la aplicación de las normas del art. 76 de la Convención y no se relacionan con el trabajo de la Comisión⁸⁰.

2. Estados Unidos

Estados Unidos presentó notas relativas a dos presentaciones, la de Rusia⁸¹ y la de Brasil, ambas en cuanto a aspectos principalmente técnicos de las presentaciones. En lo que respecta a la presentación de Brasil, Estados Unidos recalcó cuestiones relativas al espesor sedimentario y al accidente de Vitoria-Tridade⁸². La Comisión ordenó a la subcomisión que no tuviera en cuenta los comentarios volcados en dicha carta al evaluar la presentación brasileña. La Comisión observó que tanto el Anexo II de la Convención como el Reglamento

⁷⁷ Recomendaciones adoptadas por la Comisión el 9 de abril de 2008. Indonesia observa la fijación del límite exterior de la plataforma continental de la región de Argo.

⁷⁸ Nota 074/POLII/0807/09, del 7 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/aus04/clcs_03_2004_los_idn-recomm.pdf.

⁷⁹ Nota 184 JR/ot, del 3 de marzo de 2007.

⁸⁰ Nota del 28 de marzo de 2007.

⁸¹ Doc. CLCS.01.2002.LOS/USA.

⁸² Doc. CLCS.02.2004.LOS/USA. También doc. CLCS/42, párr. 16.

de la Comisión solamente estipulan una función a ser desempeñada por otros Estados en relación con la consideración de los datos y otro material que presenten los Estados ribereños. Solo en caso de controversia entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente o en otros casos de controversias territoriales o marítimas pendientes se solicitaría a la Comisión que considerase comunicaciones de otros Estados que no sean los que hacen la presentación⁸³. Sin embargo, Estados Unidos no estuvo de acuerdo con esta interpretación⁸⁴.

3. *Sri Lanka*

Sri Lanka remitió una nota en relación con la presentación keniana, en la cual reiteró que Sri Lanka es el Estado principal al que se hace referencia en el párr. 3º de la Declaración de Entendimiento comprendida en el Anexo II del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Además, confirmó su posición según la cual la aplicación de la Declaración de Entendimiento y del mandato de la Comisión de formular recomendaciones en virtud de dicha Declaración, de conformidad con el párr. 1(a) del art. 3º del Anexo II de la CONVEMAR, se limita a Estados ubicados en la parte meridional del Golfo de Bengala, como se indica en el párr. 5º de la Declaración de Entendimiento⁸⁵.

VII. SITUACIÓN ESPECIAL DE LA ANTÁRTIDA

Hasta el momento, la situación especial de la Antártida ha merecido tres actitudes diferentes entre los Estados antárticos.

Cuando Australia hizo su presentación en el 2004, comprendió la plataforma continental del “Territorio Antártico Australiano”, bajo la denominación “región número dos”. Los aspectos más destacables de la nota australiana en relación con la Antártida⁸⁶ son:

— Menciona la necesidad de que la CONVEMAR y el Tratado Antártico funcionen en armonía;

— Hace referencia a la condición legal y política especial de la Antártida en virtud de las disposiciones del Tratado Antártico, incluido su art. IV;

— Afirma que existen áreas de plataforma continental pertenecientes a la Antártida;

⁸³ Doc. CLCS/42, párr. 17.

⁸⁴ Nota del 25 de octubre de 2004. Véase también el doc. CLCS/44, párr. 17.

⁸⁵ Nota Verbal L/UN/20 (xii) de Sri Lanka respecto de la presentación de Myanmar, del 16 de diciembre de 2008, y Nota Verbal SRL-NOT-002, del 22 de julio de 2009, respecto de la presentación de la República de Kenia; texto en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/ken35_09/lka_re_ken_clcs35.pdf.

⁸⁶ Nota australiana 89/2004, noviembre de 2004.

— Menciona que existen dos posibilidades teóricas: a) presentar a la Comisión información que no sea examinada por el momento, o b) realizar una presentación parcial que no abarque dichas partes de la plataforma continental, respecto de las que pueda hacerse posteriormente una presentación. Y manifiesta que Australia escogió la primera opción.

Noruega (respecto de la Isla Bouvet y la Tierra de la Reina Maud)⁸⁷ y Argentina (como parte de su presentación completa)⁸⁸ siguieron el mismo criterio que Australia, incluyendo en sus presentaciones el límite exterior de la plataforma continental perteneciente a la Antártida.

En cambio Nueva Zelandia realizó una presentación sin incluir plataforma continental pertenecientes a la Antártida, pero afirmando que se reserva el derecho de hacer posteriormente una presentación. Lo mismo hicieron el Reino Unido, junto con su presentación relativa a la plataforma continental de la Isla Ascensión⁸⁹, y Francia, junto con su presentación relativa a la plataforma continental de las Antillas Francesas y las Islas Kerguelen⁹⁰.

Chile, en su presentación de información preliminar, mencionó a la Antártida como una zona con un posible límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200 M. Chile declaró que informaría debidamente a la Comisión qué opción adoptaría en relación con el “Territorio Antártico Chileno”⁹¹.

Diversos Estados reaccionaron a la presentación australiana mediante notas verbales remitidas al Secretario de las Naciones Unidas: Estados Unidos⁹², la Federación de Rusia⁹³, los Países Bajos⁹⁴, Alemania⁹⁵, Japón⁹⁶ y la India⁹⁷. Estos Estados, haciendo referencia a la “zona antártica” reivindicada en la presentación australiana, reiteraron su postura, según la cual un reclamo de soberanía territorial en la Antártida no genera derechos sobre la plataforma continental.

⁸⁷ Nota fechada el 4 de mayo de 2009.

⁸⁸ Nota N.U. 139/2009/600.

⁸⁹ Nota 168/08, del 9 de mayo de 2008, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/gbr08/gbr_nv_9may2008.pdf.

⁹⁰ Nota HC/cl 69, febrero de 2009.

⁹¹ Información preliminar sobre la plataforma continental presentada por Chile, ps. 15/20, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/preliminary/chl2009preliminaryinformation.pdf.

⁹² Nota de Estados Unidos fechada el 3 de diciembre de 2004 (POL 10-04).

⁹³ Nota 739/n, del 9 de diciembre de 2004.

⁹⁴ Nota NYV/2005/690, del 31 de marzo de 2005.

⁹⁵ Nota 88/2005, del 5 de abril de 2005.

⁹⁶ Doc. CLCS.03.2004.LOS/JPN, del 4 de febrero de 2005.

⁹⁷ Doc. CLCS.03.2004.LOS/IND, del 13 de julio de 2005.

Sobre la base de estas comunicaciones, la Comisión decidió no considerar la parte de la presentación relativa a la Antártida, y ha instruido a la subcomisión que actuara en consecuencia⁹⁸.

Tanto Japón⁹⁹ como los Países Bajos¹⁰⁰ —ante la presentación de Nueva Zelanda— objetaron con una nota, la reserva de derechos a presentar plataforma continental proveniente de Antártida.

Países Bajos presentó una nota donde declaró que las opiniones vertidas en una de sus notas verbales, la concerniente a Nueva Zelanda, debían aplicarse de la misma forma a las presentaciones hechas, o aquellas que pudieran ser hechas, por otros Estados que se reservan el derecho a realizar una presentación relativa a partes de la plataforma continental pertenecientes a la Antártida¹⁰¹.

VIII. LOS PLAZOS RELACIONADOS CON LAS PRESENTACIONES

Uno de los temas que ya ha recibido una respuesta implícita, pero que constituyó una fuente importante de preocupación, fue el carácter del plazo dentro del cual los Estados debían hacer la presentación. La Convención dispone que el Estado ribereño presentará a la Comisión las características del límite junto con información científica y técnica de apoyo “*lo antes posible, y en todo caso dentro de los diez años siguientes a la entrada en vigor de esta Convención respecto de ese Estado*”¹⁰².

La reunión de Estados partes ha modificado dos veces la literalidad de esa disposición, debido a las dificultades que sufren los Estados en desarrollo y basándose en el claro concepto del derecho inherente del Estado ribereño sobre la plataforma continental, independiente de toda ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa.

La primera vez, en el 2001, la reunión de Estados partes interpretó que el plazo de diez años debía comenzar a contarse a partir de la fecha en que el instrumento adoptado por la CLPC para guiar a los Estados en la preparación de las presentaciones —las Directrices Científicas y Técnicas— había estado a disposición de los Estados, es decir, el 13 de mayo de 1999.

En la Reunión de Estados parte celebrada en 2009, se modificó el contenido de la obligación, aunque el plazo y su punto de inicio siguieron siendo los mismos: se debía realizar una presentación para el 13 de mayo de 2009 pero ya

⁹⁸ Doc. CLCS/44, párr. 23.

⁹⁹ Nota SC/06/459, del 28 de junio de 2006.

¹⁰⁰ Nota DJZ-IR 178/2006, del 19 de diciembre de 2006.

¹⁰¹ Nota NYV/2009/2184, del 28 de agosto de 2009, en www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/gbr08/nld_re_nv_grb2009.pdf. En su nota Países Bajos menciona expresamente las presentaciones británica y francesa. La nota está también puesta en la página web de la presentación argentina y de la información preliminar (por Chile). Posiblemente debido a una omisión, la nota no se publicó en la página web de la presentación de Noruega.

¹⁰² Art. 4 del Anexo II de la Convención.

no era necesario que fuera una presentación completa y formal. Se decidió que la obligación también se cumpliría presentando al Secretario General de las Naciones Unidas información preliminar indicativa de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 M, y una descripción del estado de preparación y la fecha prevista de la presentación. Esta información preliminar no sería considerada por la Comisión y no prejuzgaría la presentación definitiva.

De hecho, la CLPC ya había aceptado que una “presentación parcial” o una presentación que no cumpliera con todos los datos técnicos exigidos por las Directrices sería suficiente para “detener el reloj”.

El concepto clave que permitió estas interpretaciones fue el carácter del derecho del Estado ribereño sobre la plataforma continental: el “derecho inherente” del Estado ribereño sobre la prolongación natural del territorio continental no puede expirar debido a la inobservancia de un plazo, si no existe una norma expresa que determine esta sanción.

La incertidumbre relacionada con los plazos continúa. No es posible saber cuándo puede finalizar el trabajo de la CLPC en relación con la consideración de las presentaciones, ya que se manejan demasiadas variables:

— No hay una fecha límite para que los Estados que presentaron información preliminar concreten la presentación formal. Hasta el momento, de los 45 Estados que han presentado información preliminar sólo cuatro: Cuba, Guyana, Mozambique y Tanzania la han convertido en presentación. Varios de los demás han indicado que sus presentaciones se harán para 2019¹⁰³, es decir, tomando el 13 de mayo de 2019 como comienzo del conteo del plazo de diez años. Parecería que “el reloj” comenzó a correr para esos Estados el día que dejó de hacerlo para otros. De todas maneras, la mayoría de ellos no ha especificado ninguna fecha¹⁰⁴. Y aún si mencionaron una fecha en la información preliminar no es obligatoria. Por ejemplo, un Estado indicó que haría la presentación para finales de 2010 pero todavía no la ha hecho¹⁰⁵.

— Tampoco hay una fecha límite para las presentaciones revisadas. Recordemos que las recomendaciones a la Federación Rusa fueron adoptadas por la CLPC en el 2002 y aún no se sabe cuándo ese Estado va a realizar la presentación revisada. Brasil tampoco ha presentado la revisión que pidió la CLPC.

¹⁰³ Benín y Togo (conjunta), Bahamas (13 mayo 2019); Gambia; Chile (efectuará presentaciones parciales durante un período de diez años); fechas anteriores a 2019 han indicado: Benín (2012), Costa Rica (3 años después de información preliminar o sea el 11/5/2012); República Democrática de Congo (2014); Gabón (finales 2011); Mauricio por Archipiélago Chagos (2012); Seychelles (2011); Cabo Verde (2014); Angola (finales 2013, hay cronograma tareas).

¹⁰⁴ No dicen nada sobre futura fecha: Congo, Comoras, Guinea Ecuatorial; España por West Canary (nota protesta Marruecos); Fiji and Solomon Islands; Fiji-Solomon Islands and Vanuatu; Francia por Polinesia francesa y Wallis y Futuna; Francia por Saint Pierre and Miquelon; Guinea; Guinea Bissau; Oman; Senegal, Korea.

¹⁰⁵ Sierra Leona: finales 2010; Brunei Darussalam: en los doce meses posteriores informe, pero hubiera sido 12/5/10.

Hasta la fecha sólo Barbados ha realizado una presentación revisada, por cierto en muy poco tiempo.

— Algunos Estados se han reservado incluso el derecho de hacer más adelante una presentación separada de otras áreas de su plataforma continental, sin especificar fechas. Y hay Estados que ratificaron la Convención hace poco o aún no la han ratificado todavía, por lo que el plazo de los diez años para ellos no comenzó a correr.

— Tampoco hay fecha límite para la consideración de presentaciones en las que hay controversias.

— Tampoco hay fecha límite para depositar ante el Secretario General de Naciones Unidas la información que describa permanentemente los límites de la plataforma continental¹⁰⁶. ¿Se verán tentados los Estados a diferir el depósito a una ocasión más favorable, tal vez cuándo cambie algún criterio de la CLPC que les ha sido desfavorable o, cuando habiendo mejorado las condiciones tecnológicas sea posible obtener otro tipo de información que les favorezca a la hora de determinar el pie del talud?

IX. POSIBILIDAD DE AGREGAR O MODIFICAR DATOS ENTREGADOS

En 2005, Brasil realizó cambios importantes a la información y al material que había presentado en 2004. La CLPC aceptó¹⁰⁷ que no hay ningún elemento en la CONVEMAR ni en el Reglamento que impida, a un Estado ribereño que haya realizado una presentación, proporcionar material o información adicionales a la Comisión, mientras que esté evaluando dicha presentación.

Teniendo en cuenta la importancia de la debida publicidad dada a las presentaciones, la CLPC también decidió que, en caso de cambios significativos al límite exterior de la plataforma continental propuesto originalmente, debería darse debida publicidad a toda información nueva presentada por los Estados ribereños. Es decir, si los cambios no afectaran a lo que es público, es decir, al Resumen Ejecutivo, no se le da publicidad. Pero si lo que cambian son los puntos del límite exterior u otra información relevante contenida en el Resumen Ejecutivo, el Estado ribereño debe proporcionar un apéndice o una corrección al resumen ejecutivo, que se dará a publicidad¹⁰⁸.

La presentación de Mauricio y Seychelles en el 2008 fue modificada en el 2010, un mes antes de que se formara la Subcomisión para analizar la presen-

¹⁰⁶ CONVEMAR, Art. 84.

¹⁰⁷ La Comisión consultó con el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas sobre la compatibilidad entre esta acción y la Convención (Doc. CLCS/44, párrs. 13/16). No parece acertado acudir al asesor jurídico de Naciones Unidas para interpretar la Convención, ya que es una facultad corresponde a la Reunión de los Estados parte. La opinión del asesor jurídico consta en Doc. CLCS/46, Carta del 25 de agosto de 2005.

¹⁰⁸ Doc. CLCS/48, párrs. 17/19.

tación. Se cambió incluso el Resumen Ejecutivo, los puntos del límite exterior y la superficie de plataforma continental entre las 200 M y el límite exterior propuesto pasó de 387.000 km² a 400.000 km². En la página web figura el Resumen Ejecutivo revisado¹⁰⁹.

Del análisis de las recomendaciones elaboradas por la CLPC, se puede afirmar que todos los Estados que han hecho su presentación y que han iniciado el proceso de análisis por la Subcomisión, han realizado modificaciones y han agregado información adicional a sus presentaciones originales. La información adicional presentada ha sido de distinto tipo y los cambios han sido en su mayoría importantes, incluso varios han modificado los puntos del límite exterior presentados originalmente, sin que se les haya dado publicidad.

Se citan, a modo de ejemplo, los cambios y adiciones realizadas por algunos de los Estados; los puntos mencionados corresponden al documento publicado en la página de internet de DOALOS, en el que se recogen las Recomendaciones de la CLPC para cada uno de los Estados¹¹⁰. Se omiten los otros a favor de la brevedad:

Australia: La Comisión basó sus conclusiones en los documentos adicionales entregados por Australia en el 2006 y 2007¹¹¹, que contenían enmiendas a los puntos del pie de talud presentados originalmente el 15 de Noviembre de 2004¹¹². En otros documentos del 2006, también se enmendaban puntos del pie de talud, pero además modificaban puntos del límite exterior¹¹³. Asimismo, los documentos contenían material adicional relacionado con la forma de aplicar las restricciones¹¹⁴. También presentó nueva información sobre los arcos de 350 que influyen en el límite¹¹⁵. Por otra parte, en dos puntos del pie de talud (WEP-FOS-288 y WEP-FOS-406), la Comisión objetó el criterio de Australia y Australia decidió enmendar los puntos de acuerdo a lo dicho por la CLCS. En este caso también se cambiaron puntos del límite exterior¹¹⁶.

Nueva Zelanda: Se presentaron adicionalmente 11 documentos con anexos, 12 presentaciones de *PowerPoint* y 16 CD/DVD-ROM con información complementaria (punto 125), después de la presentación original realizada por

¹⁰⁹ Presentación 14, realizada el 1/12/2008. Modificada el 12/3/2010, la Subcomisión se formó en abril 2010 (CLCS/66). Las recomendaciones fueron adoptadas el 30 de marzo de 2011.

¹¹⁰ http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_recommendations.htm.

¹¹¹ AUS-CLCS-DOC-46 (11 Septiembre 2006), AUS-CLCS-DOC-57 y AUS-CLCS-DOC-58 (1 marzo 2007).

¹¹² Ver puntos 39 y 40 de las Recomendaciones de la CLPC a Australia.

¹¹³ AUS-CLCS-DOC-42 y AUS-CLCS-DOC-44 (1 septiembre 2006). Ver puntos 83/84, 97/98, 89 y 105 de las Recomendaciones.

¹¹⁴ Punto 47 de las Recomendaciones.

¹¹⁵ AUS-CLCS-DOC-51 puntos 115 y 116 de las Recomendaciones.

¹¹⁶ AUS-CLCS-DOC-52 (21 diciembre 2006), puntos 125, 126 y punto 142 de las Recomendaciones.

Nueva Zelanda el 19 de abril de 2006. Se presentaron revisiones a puntos del límite exterior en los documentos¹¹⁷. La revisión final de los puntos del límite exterior se presentó el 27 marzo 2008¹¹⁸.

Noruega: Después de la presentación realizada por este país el 27 de noviembre de 2006, se presentaron 34 documentos nuevos con anexos, veinticinco presentaciones de PowerPoint y 31 CD/DVD-ROM con información (punto 4). La Comisión consideró que era insuficiente la información geológica y geofísica presentada por Noruega para establecer el FOS ARTIC1. Noruega presentó nueva información alejando el límite exterior de las líneas de base; fue aceptada¹¹⁹. También se le dijo que había inconsistencias entre sets de datos presentados y Noruega lo clarificó con esa información ordenada y además con nueva información¹²⁰. Asimismo, varios puntos del límite exterior fueron revisados¹²¹.

Francia: Posteriormente a la presentación original que Francia realizó el 22 de mayo de 2007 se presentaron cinco documentos nuevos con anexos, cuatro presentaciones de PowerPoint y 7 CD/DVD-ROM¹²². El 2 de diciembre de 2008, además de otros cambios, éste país pidió que los pies de talud 10 y 11 no se consideraran¹²³. Además, modificaron puntos del pie de talud por medio del documento FRA-DOC-SC-004-27-08-2009 (punto 39). La Comisión sugirió que era necesario otro FOS, para complementar y Francia presentó un FOS crítico suplementario¹²⁴. Además, en este mismo documento se modificó un FOS ya presentado¹²⁵. También fue modificada la sección Oeste fue modificada¹²⁶.

México: México presentó abundante material adicional por iniciativa propia luego de la presentación: la lista es de cuatro páginas¹²⁷. También presentó abundante material a requerimiento de la Subcomisión¹²⁸. México modificó los cálculos del espesor sedimentario, los mapas y tablas del Cuerpo Principal y varias figuras¹²⁹.

¹¹⁷ NZ-CLCS-DOC-08 (19 abril 2006) y NZ-CLCS-DOC-09 (13 marzo 2008). Punto 166 de las Recomendaciones de la CLPC a Nueva Zelanda.

¹¹⁸ Puntos 177 y 194 de las Recomendaciones.

¹¹⁹ Ver Recomendaciones de la CLPC a Noruega, punto 29.

¹²⁰ Ver punto 30 de las Recomendaciones.

¹²¹ Nota NOR-LET-030-20-01-2009 (punto 39 y 79), por NOR-DOC-024-01-07-2008. Ver punto 50 de las Recomendaciones.

¹²² Recomendaciones de la CLPC a Francia, punto 3.

¹²³ Ver Recomendaciones punto 15.

¹²⁴ Por medio del documento FRA-DOC-SC-003-02-12-2008.

¹²⁵ Ver punto 55 de las Recomendaciones.

¹²⁶ Nota FRA-LET-COM-001-18-07-2007, punto 70 de las Recomendaciones.

¹²⁷ Ver ps. 21 a 24 del Anexo III de las Recomendaciones de la CLPC a México.

¹²⁸ Ver lista en el Anexo IV, páginas 25 y 26 de las Recomendaciones

¹²⁹ Punto 38 de las Recomendaciones.

Barbados: Barbados presentó información adicional en las siguientes fechas: 17 Julio 2009, 12 Agosto 2009, 14 Agosto 2009 y 8 febrero 2010. Además ha hecho una presentación revisada porque no estuvo de acuerdo con una de las objeciones realizada por la Comisión¹³⁰.

Reino Unido, por la Isla Ascensión: El Reino Unido realizó su presentación el 9 de mayo de 2008. El 19 de junio de 2008 presentó una versión revisada del Cuerpo Principal y un CD-ROM "Supporting documentation, Volume 2, Restricted Material"¹³¹. Además, durante el análisis presentó datos técnicos y otros materiales mediante las notas del 24 noviembre 2009, 9 diciembre 2009 y 18 de febrero de 2010. También realizó presentaciones de *power point* el 18 agosto 2009 y el 7 de diciembre de 2009¹³². De todas maneras, la presentación fue rechazada por la Comisión que consideró que la Isla Ascensión no tiene plataforma continental más allá de las 200 millas marinas¹³³.

Se han dado casos en que un Estado recibió recomendaciones de la CLPC aprobando una gran parte de la presentación y, al mismo tiempo, sugiriendo que se realice una presentación revisada de parte del límite. ¿Qué pasaría si ese Estado realiza una presentación nueva y revisada de toda la presentación anterior, cambiando incluso los puntos del límite exterior que ya habían recibido una recomendación favorable de la CLPC?

Esta posibilidad no es una pregunta teórica; la presentación de Brasil fue aprobada en casi un 80% por la CLPC pero la Comisión sugirió una presentación revisada de la parte restante. Brasil ha publicado su plan de trabajo indicando que está preparando una presentación revisada con campañas geológicas y batimétricas para recoger información de toda la plataforma continental, no sólo de las áreas que debían ser revisadas.

X. POSIBILIDAD DE RECOMENDACIONES CONTRADICTORIAS

Hasta el presente, la mayoría de las recomendaciones han sido adoptadas por consenso: nueve de las catorce ya adoptadas. Las otras cinco han sido adoptadas con votos disidentes o abstenciones.

Las recomendaciones para Nueva Zelanda, por ejemplo, fueron adoptadas con sólo el 60% de los votos afirmativos.

¹³⁰ Ver punto 16 de las Recomendaciones de la CLPC a Barbados.

¹³¹ Ver punto 11 de las Recomendaciones de la CLPC al reino Unido por la Isla Ascensión.

¹³² Ver punto 12 de las Recomendaciones.

¹³³ Ver punto 53 de las Recomendaciones.

Nº de Presentación y país	Fecha presentación	Fecha adopción recomendaciones	Modo de adopción			
			Consenso	Favor	Contra	Abs
1- Federación Rusa		27/6/2002	Consenso			
2- Brasil		4/4/2007		15	2	0
3- Australia		9/4/2008		14	3	1
4- Irlanda		5/4/2007		14	2	2
5- Nueva Zelanda		22/8/2008		13	3	3
6- Conjunta Francia, Irlanda, España, Reino Unido		24/3/2009	Consenso			
7- Noruega		27/3/2009	Consenso			
8- Francia (Guyana-Nva. Caledonia)		2/9/2009	Consenso			
9- México		31/3/2009	Consenso			
10- Barbados		15/4/2010	Consenso			
11- Reino Unido (Isla Ascensión)		15/4/2010	Consenso			
12- Indonesia		28/3/2011		11	2	2
14- Mauricio y Seychelles		30/3/2011	Consenso			
15- Suriname		30/3/2011	Consenso			

El próximo mes de junio, la reunión de Estados parte va a ser la elección de los miembros de la Comisión y, dado que muchos de los candidatos son nuevos, un número importante de los comisionados se renovará.

Es pues, posible, que los nuevos comisionados integren en algunos casos la minoría sobre algunos temas controvertidos y tal vez cruciales. En ese caso podemos pensar en un escenario de recomendaciones contradictorias en relación con las ya adoptadas, sobre la forma de evaluar elementos geológicos o geofísicos en su relación al art. 76.

¿Cuál puede ser la actitud o reacción de los Estados que han recibido una objeción de la CLPC sobre aspectos que no han obtenido consenso, como la naturaleza de una cordillera o el método de intersección entre el último punto del límite y las 200 M, si con la nueva composición de la CLPC se cambia el criterio en las próximas recomendaciones?

XI. CONCLUSIONES

Todas las situaciones nuevas que surgen de la aplicación del art. 76 de la CONVEMAR y del funcionamiento de la CLPC, así como las situaciones que probablemente surjan en el futuro, deben resolverse dentro del marco de la CONVEMAR. En relación a la plataforma continental, es importante tener en cuenta tres de los principios recogidos en la Convención:

Primero, la plataforma continental es la prolongación natural del territorio del Estado. Los derechos del Estado ribereño sobre ella son exclusivos e independientes de su ocupación real o ficticia o de cualquier proclamación expresa.

Segundo, la CLCS es un órgano eminentemente técnico. Su función consiste en examinar los datos, la información científica y técnica de apoyo del límite y cualquier otro material presentado por los Estados ribereños en relación con el límite exterior de la plataforma continental, formular recomendaciones a los Estados ribereños de conformidad con la Convención y proporcionarles asesoramiento científico y técnico si así lo solicitaren. Pero es un órgano eminentemente técnico cuya función es asegurar que, técnicamente, los Estados ribereños no se aparten de los criterios establecidos en la CONVEMAR. Toda función relacionada con lo jurisdiccional o lo estrictamente jurídico escapa de su competencia.

Tercero, el Estado ribereño es el que fija los límites, no la Comisión. El carácter definitivo y vinculante de los límites adoptados por un Estado sobre la base de las recomendaciones de la Comisión tiene su fundamento en la Convención. Efectivamente, al ratificar la Convención, los Estados han consentido ese procedimiento para fijar el límite exterior. Han creado un órgano al que otorgaron la facultad de determinar si la presentación del límite exterior de su plataforma continental es científica y técnicamente correcta. Por consiguiente, la facultad del Estado ribereño de extender su plataforma de conformidad con las recomendaciones de la CLPC es indiscutible. Y esos límites son

obligatorios para todos los Estados, no porque sea una decisión unilateral sino porque todos los Estados que ratificaron la CONVEMAR se comprometieron a respetar los límites exteriores trazados de acuerdo con las disposiciones de la Parte VI.

El tener presentes estos principios permitirá ir encontrando respuestas a los interrogantes, tanto presentes como futuros, que van surgiendo en la práctica de la determinación del límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200 M.

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL MEDIO AMBIENTE: EL RECIENTE CASO DE LAS PLANTAS DE CELULOSA (“PAPELERAS”)

Por GUILLERMO R. MONCAYO* y MARTÍN MONCAYO VON HASE** y ***

INTRODUCCIÓN

Un tratado bilateral celebrado el 7 de abril de 1961 entre la Argentina y el Uruguay fijó los límites de ambos países en el Río Uruguay. Atribuyó algunas islas e islotes a cada país, fijó normas sobre la navegación y contempló el establecimiento de un régimen para la utilización del Río que fue concretado a través del Estatuto de 1975. El art. 1° de este Estatuto determina que las partes establecen “los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las partes”.

El Estatuto de 1975 creó la Comisión Administrativa del Río Uruguay (en adelante, “CARU”) compuesta por igual número de delegados por cada parte, con personalidad jurídica propia, amplia capacidad de dictar normas reglamentarias vinculantes referidas —entre otros temas— a la prevención de la contaminación y a la preservación de los recursos vivos. En lo que concierne a la realización de obras y aprovechamiento de las aguas se establece que la parte que proyecte actividades de entidad suficiente para afectar la navegación, al régimen del río o la calidad de sus aguas, debe informar ese proyecto a la CARU.

La proyectada construcción de dos papeleras en la costa uruguaya originó una controversia entre los dos países que, después de frustradas negociaciones, fue sometida a la Corte Internacional de Justicia por la Argentina.

* Doctor en Derecho de la Universidad de París y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

** Doctor en Derecho de la *Ludwig Maximilians Universität* de Munich y Master en Derecho de la *Wolfgang Goethe Universität* de Francfort.

*** Este trabajo es una versión traducida y revisada del artículo publicado en *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. Fastenrath, Geiger, Khan, Paulus, Von Schorlemer (ed.), Oxford University Press, 2011.

I. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

La primera de las plantas de celulosa en el curso de la disputa fue proyectada por “Celulosas de M’Bopicuá SA” (en adelante, CMB), formada por la Compañía Española ENCE (proveniente de la sigla de la española “Empresa Nacional de Celulosas de España”).

Esta papelería habría de ser erigida en el margen izquierdo del Río Uruguay, al este de la ciudad uruguaya de Fray Bentos, opuesta a la ciudad argentina de Gualeguaychú, próxima al Puente Internacional General San Martín.

El 12 de abril de 2005, el Uruguay autorizó a la Sociedad Botnia para la construcción de la primera fase de una segunda usina, la Usina Orión (en adelante Botnia) y el 5 de julio de 2005, otorgó un permiso para construir un puerto para su uso exclusivo. Ninguna información previa fue suministrada a la CARU en ningún caso. Se incumplía el art. 7º del Estatuto de 1975 que impone una obligación inicial de informar y una eventual obligación posterior de comunicar cualquier construcción que pudiese afectar el régimen del río.

La obra, emprendida por una sociedad finlandesa, tenía grandes dimensiones y comportaba riesgos. Era la mayor inversión privada efectuada en el Uruguay: alrededor de un billón de dólares, y la planta habría de manufacturar anualmente alrededor de un millón de toneladas de pulpa de celulosa. La empresa también estaba emplazada muy próxima a la ciudad de Fray Bentos, frente a la ciudad argentina de Gualeguaychú.

El 5 de mayo de 2005, ambos Estados acordaron la creación de un Grupo Técnico de Alto Nivel (en adelante GTAN) para resolver las disputas sobre ENCE y Orión (Botnia), que fracasó. La Argentina persistió en sus requerimientos tendientes a la suspensión de los trabajos de ambas usinas y finalmente remitió la disputa a la Corte Internacional de Justicia mediante demanda de fecha 4 de mayo de 2006. La disputa concernía a la interpretación y aplicación del Estatuto de 1975; por un lado, si el Uruguay cumplió con sus obligaciones procesales conforme al Estatuto al otorgar autorizaciones para la construcción de la papelería CMB (ENCE), como también para la construcción y la puesta en marcha de la papelería Orión (Botnia) y su Puerto adyacente y, por otro lado, si el Uruguay cumplió sus obligaciones sustantivas conforme al citado Estatuto.

Más tarde, durante una cumbre de jefes de Estado y de gobierno de los países ibero-americanos celebrada en Montevideo en noviembre de 2006, le fue solicitado al Rey de España que procurase la reconciliación de la posición de las partes; sin embargo, no resultó ninguna resolución negociada de la disputa. A poco, el 8 de noviembre de 2007, el Uruguay autorizó la puesta en marcha de la papelería (Botnia) que comenzó a operar al día siguiente. En diciembre de 2009, Oy Metsä-Botnia AB transfirió sus intereses en Orion (Botnia) a UPM, otra compañía finlandesa.

En su demanda, la Argentina requirió que la Corte verifique que el Uruguay violó las obligaciones que le incumbían conforme al Estatuto del Río

Uruguay del 20 de febrero de 1975 al autorizar la construcción de la papelera ENCE y la construcción y puesta en marcha de la papelera Botnia y sus facilidades asociadas en la margen derecha del Río Uruguay¹.

El Uruguay solicitó que la Corte juzgue y declare que las demandas de la Argentina son inadmisibles y que reconozca su derecho a continuar operando la planta Botnia de conformidad con las previsiones contenidas y afirmadas en el Estatuto de 1975.

II. LA INTERVENCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

a) *La competencia de la Corte*

La Corte delimitó y definió inicialmente su competencia. Lo hizo con un criterio restrictivo; aplicando el art. 60 del Estatuto que establece que toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del Tratado de 1961 o del Estatuto de 1975 puede ser sometida por cualquiera de las partes a la Corte Internacional de Justicia, consideró que las cuestiones relativas a la contaminación sonora y visual también invocadas por la Argentina, le eran ajenas, al igual que la cuestión relativa a los “malos olores”.

Luego de analizar el art. 41 del Estatuto, concluyó la Corte que él no contiene una cláusula de “reenvío” y que las diversas convenciones multilaterales invocadas por la Argentina no se hallan, como tales, incorporadas a él. Por lo tanto, la competencia que le es acordada a la Corte en virtud de su art. 60 se encuentra limitada a las controversias que conciernen a la interpretación y aplicación de las normas en él contenidas.

b) *Interacción de las normas procesales y sustantivas del Estatuto: el deber de notificar e informar*

Medió una importante divergencia conceptual entre ambos países en cuanto al alcance y contenido del conjunto de esas dos categorías de normas.

¹ También demandó la Argentina que la Corte juzgue y declare, en consecuencia, que la República Oriental del Uruguay debe:

(i) reasumir el estricto cumplimiento de sus obligaciones, conforme al Estatuto del Río Uruguay de 1975,

(ii) cesar de inmediato en los actos internacionalmente dañosos que han comprometido su responsabilidad internacional,

(iii) restablecer en el lugar y en términos legales la situación que existía antes de que los actos dañosos fueron cometidos,

(iv) pagar una compensación a la República Argentina por el perjuicio causado por esos actos internacionalmente dañosos que no hubiesen sido reparados por la restauración de la situación anterior o una multa a ser determinada por la Corte en una ulterior etapa de este procedimiento,

(v) suministrar adecuadas garantías en cuanto a que se abstendrá en el futuro de impedir que se aplique el Estatuto del Río Uruguay, en particular, el procedimiento de consulta establecido por el cap. II del Tratado.

Para la Argentina, las obligaciones procesales estaban intrínsecamente ligadas a las obligaciones sustantivas impuestas por el Estatuto de 1975, de modo que un quebrantamiento de las primeras entrañaría un quebrantamiento de las otras. Constituirían un conjunto indisociable e integrado, por lo que una violación de las obligaciones de naturaleza procesal comportaría automáticamente el quebrantamiento de las normas de fondo, dado que las dos categorías de obligaciones eran indivisibles.

Sin embargo, el Uruguay rechazó los argumentos de la Argentina como artificiales y consideró que la Corte debía determinar la ruptura, en sí misma, de cada una de esas categorías de obligaciones y extraer la necesaria conclusión, en cada caso, en términos de responsabilidad y reparación.

Destacó la Corte que el régimen establecido por el Estatuto de 1975 constituía un régimen comprensivo y progresivo², desde que las dos categorías mencionadas se complementan ambas perfectamente, permitiendo a las partes alcanzar el objeto del Estatuto que ellas mismas fijaron en el art. 1º.

Analiza la Corte los procedimientos obligatorios que deben seguir las partes que proyectan construir nuevos canales, modificar o alterar substancialmente los existentes o llevar a cabo cualquier otra obra que sea susceptible de afectar la navegación, el régimen del río y cualquier otro trabajo. Ellas deben notificar a la CARU, la que deberá determinar en una instancia preliminar si el proyecto puede causar algún perjuicio significativo a la otra parte.

Los arts. 7º a 12 del Estatuto imponen la obligación de informar, notificar y negociar que constituye, según la Corte, “un medio apropiado, aceptado por las partes, de lograr el objetivo que ellas mismas fijaron en el art. 1º del Estatuto de 1975”.

En el criterio de la Argentina, al haber violado la obligación inicial de referir el material a la CARU, el Uruguay frustró todos los procedimientos fijados en los arts. 7º a 12 del Estatuto.

La Corte examina en detalle la naturaleza y el rol de la CARU, que cumple una función esencial en el sistema del Río Uruguay.

Para el Uruguay, la CARU no es un organismo dotado de voluntad autónoma, sino más bien un organismo establecido para facilitar la cooperación entre las partes. No está habilitada para obrar fuera de su voluntad. Por lo tanto, ellas pueden convenir particularmente de no informarla, como está previsto en el art. 7º del Estatuto de 1975. Y ello es lo que ha ocurrido particularmente en este caso, según el Uruguay, en el que los dos Estados habrían acordado dispensarse del examen sumario de la CARU y pasar inmediatamente a entendimientos directos.

² *Pulp Mills on the River Uruguay* (“Argentine v. Uruguay”) *Provisional Measures*, Order of 13 July 2006, I.C.J.Reports 2006, p. 133, parag. 81.

Por el contrario, para la Argentina el Estatuto institucionaliza una cooperación permanente y estrecha, en la que la CARU es el elemento central e indispensable, constituye el órgano de coordinación de las partes.

Importa la valoración que la Corte hace de la CARU, para la que ocupa un lugar muy importante en el régimen del Tratado. Goza de personalidad jurídica; posee una existencia propia y permanente y no puede ser reducida a un simple mecanismo facultativo puesto a disposición de las partes: ninguna una de ellas podría utilizarla discrecionalmente según su propio criterio.

A juicio de la Corte, la CARU interviene en todos los niveles de la utilización del río, ya se trate de la prevención de los perjuicios transfronterizos susceptibles de ser generados por las actividades proyectadas; de la utilización de las aguas, temas sobre los cuales recibe los informes de las partes y verifica si la suma de las utilidades no causa un perjuicio sensible (arts. 27 y 28); de la prevención de la modificación del equilibrio ecológico (art. 36); de los estudios y de las investigaciones de carácter científico efectuadas por una Parte en la jurisdicción de la otra (art. 44); del ejercicio del derecho de policía (art. 46) y del derecho de navegación (art. 48).

Posee la CARU, además, la función de dictar normas reglamentarias en un vasto dominio ligado a la gestión común del Río, precisada con detalle en el art. 56 del Estatuto de 1975, en el que —entre otras— se señala la función de “prevención de la contaminación”. Asimismo, la Comisión puede servir de instancia de conciliación para todo litigio nacido entre las partes (art. 58).

La obligación del Estado en el que se origina la actividad necesitada de informar a la CARU constituye la primera etapa del mecanismo procesal contemplado en el Estatuto de 1975. Consideró la Corte que las autorizaciones ambientales previas fueron otorgadas por el Uruguay a CMB y a Botnia sin respetar el procedimiento previsto en la primera parte del art. 7º y se pronunció sobre el impacto ambiental de los proyectos hechos sin asociar a la CARU. Algo similar ocurrió con el permiso para construir el puerto para su uso exclusivo y para utilizar el lecho del Río para fines industriales sin informar previamente a la CARU.

La Corte concluye que el Uruguay, al no informar a la CARU los trabajos proyectados antes de acordar la autorización ambiental previa para ambas usinas y para la terminal portuaria, no respetó las obligaciones contraídas.

La obligación de notificar los proyectos es esencial en el procedimiento que debe llevar a las partes a concertarse para evaluar los riesgos del proyecto y negociar las modificaciones eventuales para eliminarlos o limitarlos.

Con ese criterio, la Corte consideró que las necesarias evaluaciones sobre el impacto ambiental deben ser notificadas antes de que el Estado interesado se pronuncie sobre la viabilidad ambiental del Proyecto. En el caso sometido por la Argentina, la Corte constató que tales notificaciones referidas a las usinas CNB ENCE y ORION (Botnia) no tuvieron lugar por intermedio de la CARU y no fueron transmitidas a la Argentina sino después de haber librado las auto-

rizaciones ambientales previas. Interesa la conclusión de la Corte “Uruguay otorgó prioridad a su propia legislación por sobre sus obligaciones procesales bajo el Estatuto de 1975 y desconoció la bien establecida regla consuetudinaria reflejada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de acuerdo a la cual un Estado parte: “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Considera la Corte que “el Uruguay no estaba facultado durante el período de consulta y negociación previsto en los arts. 7° a 12 del Estatuto de 1975 ni a construir ni a autorizar la construcción de las fábricas o la terminal portuaria planificadas. Sería contrario al objeto y propósito del Estatuto de 1975 embarcarse en actividades controvertidas antes de haberse aplicado los procedimientos establecidos por la maquinaria conjunta necesaria para la utilización óptima y racional del río (art. 1°).

Invoca la Corte entonces el principio de buena fe. Considera que el mecanismo de cooperación entre Estados impuesto por el Estatuto de 1975 regido por este principio— conforme con el derecho consuetudinario internacional, reflejado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados— es aplicable a todas las obligaciones, incluyendo a las obligaciones procesales establecidas por un Tratado. Reitera la Corte algunos principios fundamentales acogidos en su jurisprudencia “la confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional...”. Y llega a una conclusión terminante: “El Uruguay dejó de cumplir con la obligación de negociar establecida en el art. 12 del Estatuto. Consecuentemente, desconoció el conjunto del mecanismo de cooperación previsto en los arts. 7° a 12 del Estatuto de 1975”.

c) Carga de la prueba y prueba pericial

Antes de analizar las alegadas violaciones de las obligaciones de fondo impuestas por el Estatuto de 1975, la Corte trató dos cuestiones previas. Una, referida a la carga de la prueba y la otra, a la prueba pericial.

En cuanto al primero de esos temas, la Corte —con invocación de su reiterada jurisprudencia y de acuerdo con el principio bien establecido del *onus probandi incumbit actori*— juzga que es obligación de la parte que invoca determinados hechos, acreditar su existencia. Ello no significa que el demandado no debe cooperar en producir todo elemento de prueba útil que se halle en su posesión.

La Corte se aparta del criterio de la Argentina conforme al cual la carga de la prueba no debe serle atribuida sólo a ella como demandante porque el Estatuto de 1975 impone un igual *onus* para las dos partes. Es criterio del tribunal que no hay nada en el Estatuto de 1975 que permita atribuir la carga de la prueba en modo equivalente a cada parte.

En cuanto a la prueba, ambos países proporcionaron mucha información fáctica y científica. Aportaron expertos y consultores, que también fueron su-

ministrados por la Sociedad Financiera Internacional (la “SFI”), como entidad financiera del proyecto. Discreparon en cuanto a la autoridad y credibilidad de los estudios e informes de sus expertos y consultores, por una parte, y por los de la SFI, por otra parte, los que —según la Corte— con frecuencia contienen afirmaciones contradictorias.

Por tratarse de expertos que intervinieron como consejeros en las audiencias orales, expresan los jueces disidentes Al Khasawner y Bruno Simma, que la Corte debió haber encontrado más útil que ellos fuesen presentados por las partes como expertos conforme a los arts. 57 y 67 de las Reglas de la Corte, en lugar de ser incluidos como consejeros “de modo que ellos hubiesen podido ser sometidos a cuestionamientos por la otra parte, como así también por la Corte”.

d) Obligaciones sustantivas del Estatuto

La Corte se pronuncia después sobre las violaciones de las obligaciones de fondo:

i) En cuanto a la obligación de contribuir al óptimo y racional aprovechamiento del río

Considera que el art. 1º del Estatuto de 1975 expresa la interpretación de las obligaciones sustantivas, pero de por sí no impone derechos y obligaciones específicos para las partes. El óptimo y racional aprovechamiento ha de ser logrado mediante la observancia de las obligaciones impuestas por el Estatuto para la protección del medio ambiente y la administración conjunta de este recurso compartido.

A juicio de la Corte, el logro de ese objetivo requiere un balance entre los derechos de las partes y las necesidades del uso del río para actividades económicas y la obligación de protegerlo de cualquier daño al medio ambiente, según varias disposiciones del Estatuto de 1975, como los arts. 26, 36 y 41. La Corte examina la conducta del Uruguay conforme a esas disposiciones y, a la vez, presta particular atención a las funciones de la CARU referidas a su rol normativo respecto a la conservación y protección de los recursos vivos, la prevención de la contaminación y su regulación y la coordinación de las acciones de las partes respecto a la interpretación y aplicación de los arts. 36 y 41 del citado Estatuto de 1975.

Asimismo, en el criterio de la Corte, el art. 27 también refleja la necesidad de establecer un equilibrio entre el uso de las aguas y la protección del río acorde con el objetivo de un desarrollo sustentable y la obligación de asegurar que la administración del suelo y del bosque no perjudique el régimen del río o la calidad de sus aguas (art. 35).

- ii) La obligación de asegurar que la administración del suelo y del bosque no perjudique el régimen del río o la calidad de sus aguas

La Argentina invocó la violación del art. 35 del Estatuto referido a la señalada obligación de asegurar que la administración del suelo y del bosque no perjudique el régimen del río o la calidad de sus aguas. La Corte observa que la Argentina no proporcionó prueba para sustentar su criterio en el sentido que la decisión del Uruguay de realizar plantaciones de Eucalyptus para suministrar el material crudo para Orion (Botnia) tiene un impacto en la administración del suelo y del bosque uruguayo y en la calidad de las aguas del río. La Corte concluye que la Argentina no acreditó esos argumentos en esta materia.

- iii) La obligación de coordinar medidas para evitar cambios en el equilibrio ecológico

El propósito del art. 36 del Estatuto³ es prevenir toda contaminación transfronteriza derivada del cambio del equilibrio ecológico del río coordinando, a través de la CARU, la adopción de las medidas necesarias. Esto impone, a juicio de la Corte, una obligación de tomar medidas positivas escalonadas para evitar cambios en el equilibrio ecológico. Estas medidas escalonadas consisten no sólo en la adopción de un sistema regulatorio, sino también en la observancia y en la ejecución, por ambas partes, de las medidas adoptadas.

La Corte considera que la obligación contenida en el art. 36 prescribe la conducta específica de coordinar las medidas necesarias, a través de la CARU, para evitar cambios en el equilibrio ecológico. Esta obligación de coordinar, a través de la CARU, la adopción de tales medidas, como también su ejecución, asume en este contexto, un rol central en todo el sistema de protección del Río Uruguay.

La Corte consideró que la Argentina no demostró de modo convincente que el Uruguay se ha negado a comprometerse en la coordinación contemplada por el art. 36, violando tal previsión.

- iv) La obligación de prevenir la contaminación y preservar el medio ambiente acuático

La obligación asumida por las partes en el art. 41, a) es la de adoptar las normas apropiadas para proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación.

Esto significa una obligación de obrar con la debida diligencia en todas las actividades que se desarrollan en la jurisdicción y bajo el control de cada parte. Esta obligación está reforzada por el requerimiento de que las normas de

³ El art. 36 establece que “Las Partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el Río y sus áreas de influencia”.

cada sistema deben estar “de acuerdo con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales”.

La Corte vuelve sobre la relación entre la necesidad de una evaluación de impacto ambiental, donde la actividad planificada es responsable de causar un daño transfronterizo y las obligaciones de las partes bajo el art. 41 a) y b) del Estatuto de 1975. Las partes están contestes en la necesidad de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental.

Para la Corte, la obligación de proteger y preservar sentada por el art. 41 a) del Estatuto debe ser interpretada conforme a la práctica, que ha venido consolidándose en los años recientes, conforme a la cual debe ser considerado un requerimiento conforme al Derecho Internacional el realizar una valoración del impacto ambiental cuando hay un riesgo de que la actividad industrial pueda tener un impacto significativamente adverso en un contexto transfronterizo, en particular, tratándose de un recurso compartido.

La Corte observa que ni en el Estatuto de 1975, ni en el Derecho Internacional general, se precisa el alcance y contenido específico del gravamen de un impacto ambiental. Consecuentemente, considera que corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna o en el proceso de autorización del proyecto, el contenido específico del impacto ambiental requerido en cada caso.

Luego de haber analizado el caso, para decidir sobre el cumplimiento de las que la Corte consideró obligaciones formales, se pronuncia sobre los puntos específicos de la disputa con relación al rol de este tipo de evaluación en el cumplimiento de las obligaciones sustantivas de las partes.

Como una cuestión de método, a su juicio, necesariamente deben ser considerados, en primer término, los posibles sitios alternativos para emplazar a las plantas de celulosa teniendo en consideración la capacidad de recepción del río en el área donde la planta ha de ser edificada y, en segundo término, si las poblaciones susceptibles de ser afectadas: en este caso, ambas poblaciones ribereñas, la uruguaya y la argentina, podrían ser, o han sido en el hecho, consultadas en el contexto de la evaluación de impacto ambiental.

La Corte destaca que el IFC's *Final Cumulative Impact Study* de septiembre de 2006 demuestra que en el 2003 Botnia evaluaba cuatro emplazamientos en total, en La Paloma, en Paso de los Toros, Nueva Palmira y en Fray Bentos, antes de elegir Fray Bentos. Con relación a la capacidad de recepción del río en el lugar de emplazamiento de la papelera, la Corte nota que las partes difieren en las características geomorfológicas e hidrodinámicas del río en el área, en modo relevante, particularmente, en lo que se refiere al caudal del río. Los diferentes criterios sobre tal cuestión pueden deberse a los diferentes modelos que cada una ha empleado para analizar las diversas características hidrodinámicas del Río Uruguay en la localidad de Fray Bentos.

Argentina implementó un modelo tridimensional que medía la velocidad y dirección en diez diferentes profundidades del río y utilizó un *doppler* acústico del perfil de la corriente, denominado *Acoustic Doppler Current Profiler* (“ADCP”) para registrar el rango de las profundidades de las corrientes por aproximadamente un año. Por otro lado, Botnia basaba su evaluación de impacto ambiental en un modelo bidimensional el RMA2. El Informe final de la Consultora Independiente EcoMetrix CIS, realizado a pedido de la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial, implementaba ambos modelos, el tridimensional y el bidimensional.

La Corte no consideró necesario entrar en un examen detallado de la validez científica y técnica de las diferentes clases de modelo de calibrage, modelación y de validación adoptados por las partes para caracterizar la velocidad y dirección de la corriente de las aguas del río en el área relevante. El resultado es que la Corte se encontró a sí misma incapaz de concluir que el Uruguay violó sus obligaciones bajo el Estatuto de 1975.

La Corte notó que antes y después de conceder la autorización ambiental, el Uruguay consultó a las poblaciones afectadas en las costas uruguayas y argentinas. Indica los lugares donde se efectuaron esas consultas de modo que concluye que las consultas hechas por el Uruguay a las poblaciones afectadas tuvieron efectivamente lugar⁴.

La Argentina sostiene que el Uruguay dejó de tomar todas las medidas para prevenir la contaminación, no requiriendo a las plantas de celulosa las mejores técnicas posibles. Por el contrario, el Uruguay afirma que la papelera Orion (Botnia), en virtud de la tecnología empleada, es una de las mejores papeleras del mundo, que aplica las mejores técnicas posibles y que cumple en el área con los estándares de la Unión Europea, entre otros.

Las concentraciones de Compuestos Orgánicos Halogenados (AOX) alcanzaron a un punto el 9 de enero de 2008 después que la papelera comenzó las operaciones hasta lograr un nivel de 13mg/L, en tanto el límite máximo del impacto ambiental evaluado y subsecuentemente prescripto por el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente del Uruguay fue de 6 mg/L. Sin embargo, en ausencia de evidencia convincente de que éste no es un episodio aislado sino, más bien, un problema durable, la Corte no se consideró en condiciones de concluir que el Uruguay haya quebrantado las disposiciones del Estatuto de 1975.

La Corte determina que las sustancias que son objeto de controversia entre las partes en términos del impacto de las descargas del afluente de la pape-

⁴ Durante el proceso de autorización y de construcción de la planta Orion (Botnia) se llevaron a cabo manifestaciones multitudinarias contrarias a Botnia, particularmente en la ciudad argentina de Gualaguaychú, emplazada frente a la planta de la papelera. Culminaron con el bloqueo de los puentes internacionales General San Martín y General Artigas sobre el Río Uruguay que unen a los dos países. El bloqueo al primero ellos se hizo permanente; fue levantado provisoriamente, al cabo de más de tres años y medio, a poco de dictado el fallo.

lera Orion (Botnia) tienen escasa incidencia en la calidad de las aguas del río. Ellos son: oxígeno disuelto; total de fósforo; sustancias fenólicas; nonilfenoles y nonilfenoletoxilates; y dioxinas y furanos.

Se refiere a cada una de ellas y las conclusiones que sienta en cada caso no son terminantes, ni concluyentes. Con relación al Oxígeno Disuelto la Corte considera que parece no haber una diferencia significativa entre los sets de datos en el tiempo y que no existe evidencia para sostener el argumento que la referencia a oxidación en el OSE informe referido por la Argentina debería ser interpretado como para significar “oxígeno disuelto”. En lo que concierne al Fósforo, no ha sido probado a satisfacción de la Corte que es un episodio de floración de algas ocurrido el 4 febrero 2009 fue causado por descargas de nutrientes provenientes desde la Papelera Orion (Botnia). Acerca de las sustancias fenólicas, basadas en la relación y la fecha presentada por las partes, la Corte concluye que no constituye evidencia suficiente para atribuir el alegado aumento del nivel de concentración de sustancias fenólicas en el río a las operaciones de la papelera Orion (Botnia). En lo que se refiere a dioxinas y furanos la Corte considera que no hay una clara evidencia para relacionar el aumento en la presencia de dioxinas y furanos en las operaciones del río de la papelera Orion (Botnia).

Con relación a la obligación de las partes de preservar el medio ambiente acuático, la Corte no encontró evidencia suficiente para concluir que el Uruguay quebrantó sus obligaciones. El informe demuestra que no ha sido establecida una clara relación entre las descargas de la papelera Orion (Botnia) y las malformaciones *rotifers*, o de dioxinas encontradas en los sábalos o la falta de crecimiento de las almejas, expresados en las conclusiones del programa denominado Plan de Vigilancia Ambiental del Río Uruguay.

En consideración a las conclusiones acerca de la calidad del agua, en opinión de la Corte, el informe no demuestra con evidente claridad que las sustancias con efectos perjudiciales han sido introducidas en el medio ambiente acuático debido a las emisiones en el aire de la papelera Orion (Botnia).

Teniendo en cuenta lo antes expresado, la Corte considera que, no hay ninguna conclusión evidente que demuestre que el Uruguay no obró con el requerido grado de debida diligencia o que las descargas de efluentes provenientes de la papelera Orion (Botnia) han tenido efectos deletéreos o han causado perjuicio en los recursos vivos o en la calidad de las aguas o en el equilibrio ecológico del río desde el comienzo de las operaciones en noviembre de 2007. Por lo tanto, sobre la base de la evidencia que le ha sido sometida, la Corte concluye que el Uruguay no ha quebrantado sus obligaciones conforme al art. 41. Ello, a su juicio, a pesar de muchos de los resultados inciertos y no asertivos a los que llegó la Corte en la valoración de las pruebas y circunstancias del caso, con prescindencia de un peritaje oficial.

e) Conclusiones finales de la Corte

Afirmado el criterio de que el Uruguay incumplió sus obligaciones procesales conforme al Estatuto de 1975, la Corte expresa las siguientes conclusiones derivadas de esos actos ilegales que dan lugar a la responsabilidad internacional del Uruguay y considera que esa verificación de la conducta ilegal del Uruguay respecto de sus obligaciones procesales constituye *per se* una medida de satisfacción para la Argentina.

La Argentina sostiene que el Uruguay está sometido a la obligación de restablecer en el terreno y en términos legales la situación que existía antes de la comisión de actos internacionalmente ilícitos. Para ese fin considera que Orion (Botnia) debe ser desmantelada, lo que no es materialmente imposible. La Corte entiende, en cambio, que cuando la restitución es, o comporta una carga más allá de toda proporción con relación a los beneficios que derivan de ella, la reparación toma la forma de compensación o de satisfacción o aun de ambas.

A la vez, la Corte decide que —como el Uruguay no ha quebrantado obligaciones sustanciales impuestas por el Estatuto de 1975— no es capaz de acoger la demanda de la Argentina sobre una compensación por los alegados perjuicios sufridos en diversos sectores económicos, específicamente turismo y agricultura.

Y, asimismo, rechaza su pretensión de que la Corte juzgue y declare que el Uruguay debe proporcionar adecuadas garantías en el sentido de que se abstendría en el futuro de impedir la aplicación del Estatuto del Río Uruguay de 1975, en particular el procedimiento consultivo establecido por el cap. II del Tratado. El requerimiento fue desestimado porque no encontró la Corte razón alguna para apartarse del criterio general —afirmado en una vasta jurisprudencia del propio tribunal— conforme al cual no cabe suponer que un Estado, cuya conducta ha sido declarada perjudicial por la Corte, repetirá esa conducta en el futuro, desde que su buena fe debe ser presumida.

En suma, la Corte decidió por trece votos y la disidencia de un juez *ad hoc*, que la República Oriental del Uruguay ha quebrantado las obligaciones procesales, establecidas por los arts. 7º a 12 del Estatuto del Río Uruguay y que esta declaración de la Corte constituye una reparación adecuada.

También estableció, con la disidencia de dos de sus miembros y la de un juez *ad hoc*, que la República Oriental del Uruguay no violó sus obligaciones sustantivas bajo los arts. 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay.

*III. LA VALIOSA DISIDENCIA DE LOS JUECES AL-KHASAWNEH
Y BRUNO SIMMA*

Dos magistrados de la Corte Internacional de Justicia, Al-Khasawneh y Bruno Simma, expresaron su disidencia con el segundo párrafo del dispositivo

de la sentencia del Tribunal que decidió que el Uruguay no violó sus obligaciones sustantivas conforme a los arts. 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay⁵.

Aunque diversos y fundados han sido sus cuestionamientos referidos, en lo sustancial, a la circunstancia de que la Corte interpretó su función en el caso con una extremada estrechez y que dejó de captar los caracteres novedosos y progresistas del Estatuto de 1975, limitaremos nuestro comentario a la crítica hecha a dos aspectos fundamentales de la sentencia: 1) el que atañe a la prueba pericial rendida en la causa y a su valoración, sin la asistencia de expertos externos y 2) el que se refiere a la pérdida de la oportunidad de definir la interacción entre las obligaciones de fondo y las de procedimiento.

a) Sobre la necesidad de convocar expertos técnicos independientes

A juicio de los jueces disidentes, la prescindencia de expertos priva a la Corte de la plena capacidad de considerar cabalmente los hechos sometidos a ella y de la ventaja de la interacción con los expertos en su calidad de tales y no como consejeros. A la vez, sustrae a las partes de la ventaja de una participación para establecer el modo en el que esos expertos podrían haber sido utilizados.

Objetan esos magistrados que la Corte se haya contentado con escuchar los argumentos de las partes, con formular algunas preguntas y después replegarse a deliberar *in cámara*, sólo para emerger con respuestas formalistas. La Corte sienta conclusiones definitivas no sobre certidumbres, ni sobre datos terminantes e irrefutables, sino sobre apreciaciones dubitativas que distan de ser convincentes. La remisión crítica que hace la disidencia a numerosos párrafos del fallo de la Corte sustenta claramente tales conclusiones. Ha dicho la Corte que “parece no necesario” (*sees no need*) o que “no se halla en condiciones de llegar a conclusiones específicas” (*is not in a position to arrive at specific conclusions*)⁶, que “no hay clara evidencia para sustentar algunas demandas” (*there is not clear evidence to support certain claims*)⁷, que ciertos hechos no han sido acreditados a satisfacción de la Corte” (*certain facts have not ... been established to the satisfaction of the Court*)⁸, o que la evidencia “no sustenta los reclamos” (*not substantiate the claims*).

La Corte puede recurrir a fuentes externas de pericia al tratar disputas ambientales científicas o técnicamente complejas, las que inequívocamente serán de más en más frecuentes. En esta materia la Corte tiene facultades amplias y el citado art. 50 del Estatuto le permite utilizar en cualquier momento variados recursos en las distintas instancias procesales. Puede confiar a cualquier indivi-

⁵ Separadamente también medió la disidencia total del juez *ad hoc* designado por la Argentina, Raúl Vinuesa.

⁶ Case..., paragraphs 213, 228.

⁷ Case... paragraph 225, 239, 259.

⁸ Case..., paragraph 250.

duo, cuerpo, oficina, comisión u otra organización que puede ser seleccionada con la tarea de llevar a cabo una encuesta o de emitir una opinión experta.

Recuerdan los jueces disidentes dos casos en los que la Corte ejerció sus poderes bajo tal previsión. En el caso del Canal de Corfú⁹ la Corte encomendó a tres expertos navales evaluar la visibilidad fuera de las costas albanesas en miras a substanciar la demanda británica basada en el hecho de que Albania pudo haber visto varias operaciones de minado ocurridas fuera de sus costas. Por considerar que el primer informe de los peritos no era enteramente concluyente, la Corte decidió que ellos verificasen, completasen y si cabía, modificasen sus respuestas luego de una comparecencia en el lugar de los hechos, en Saranda (Albania). Los resultados de las nuevas experiencias fueron terminantes: las operaciones de minado que agraviaban a Gran Bretaña, cuestionadas por Albania, debieron ser observadas por los puestos de vigilancia de ese país. La Corte dijo entonces, que no podía dejar de dar gran peso a la opinión de los expertos que examinaron el lugar en una manera que dio garantías de una correcta e imparcial información, lo que no pudo hacer en el caso *Botnia* por la ausencia de estudios autónomos y exhaustivos dispuestos por el Tribunal.

El contraste de ese precedente con las dubitativas conclusiones del fallo en estudio, en el que la Corte persiste en resolver complejas cuestiones científicas sin recurrir a expertos externos, hace evidente las razones de la disidencia de los jueces Al-Khasawneh y Simma.

Asimismo, en el caso de la Delimitación Marítima del Golfo de Maine entre Canadá y Estados Unidos de América, designación de experto, orden del 30 de marzo de 1984 (I.C.Reports 1984, p. 165), invocado por la Corte utilizando el mismo art. 50 del Estatuto, fue designado un experto "... en la preparación de la descripción de límites marítimos y de cartas. Esa pericia fue incorporado a la sentencia final de la Corte".

En igual orden de cosas, los Jueces disidentes se refieren documentadamente a la práctica de la Organización Mundial de Comercio como la institución que en mayor medida acudió a consultas externas para evaluar las pruebas que le han sido sometidas por las partes, las que se han utilizado para resolver disputas que conciernen a cuestiones científicas complejas. Diversos paneles han oído a expertos propuestos por las partes, como también han acudido a organizaciones internacionales especializadas o a agencias de información y han oído enteramente las opiniones de expertos propuestos por el panel. Son numerosos los precedentes que invocan los magistrados disidentes, quienes reafirman su criterio invocando casos en los que el aporte de expertos científicos fue requerido por los paneles aunque no hubiesen sido pedidos por las partes.

Expresan con razón los jueces Al-Khasawneh y Bruno Simma que en el caso de las plantas de celulosa, la Corte tuvo amplia discreción para valerse del

⁹ "United Kingdom v. Albania", Order of 17 december 1948, I.C.J. Reports 1947-1948, ps. 124 et seq.

art. 50 de su Estatuto y del art. 67 de sus Reglas y establecer ella misma como cuidadosa y sistemática Corte a la que cabe confiar evidencias científicas complejas, mediante las cuales el cumplimiento de la ley (o su eventual violación) puede ser establecido. Por otra parte, la decisión de no acudir al procedimiento posible bajo el art. 50 del Estatuto significa que la evidencia no fue considerada de una manera convincente para establecer la verdad o falsedad de los reclamos de las partes. Ciertamente, los expertos deberán enfrentar cuestiones de interpretación legal involucradas en la aplicación de términos jurídicos. El criterio de los expertos científicos ha de ser indispensable para distinguir la esencia del sentido de conceptos legales como “significado” del daño, “suficiencia”, “razonable umbral” o “necesidad” que se presentan en un determinado caso. Por tal razón, juzgan los jueces disidentes que en un caso de compleja evidencia científica y en el que aún en la presentación de las partes subsiste un alto grado de incertidumbre científica, hubiese sido imperativo que se realizase una consulta pericial (*expert consultation*) en una audiencia pública y con la participación de las partes.

b) Sobre la necesidad de definir la interrelación de obligaciones procesales y sustantivas

Otro aspecto valioso de la disidencia es el referido a la pérdida de la oportunidad de clarificar la interrelación entre obligaciones procesales y obligaciones sustantivas. En la materia referida al uso de recursos naturales compartidos y ante la posibilidad de daños transfronterizos, señalan los Jueces disidentes la extrema elasticidad y generalidad de los principios sustantivos involucrados, tales como soberanía sobre recursos naturales, equitativa y racional utilización de esos recursos, la obligación de no causar daño significativo o apreciable, el principio de desarrollo sustentable, etc., todos ellos reflejos de esa generalidad. Esos principios se encuentran frecuentemente en estado de tensión. De ahí que no sea fácilmente aceptable el criterio de que la inobservancia de las normas procesales no tiene efecto sobre las obligaciones sustantivas. La observancia de las reglas de los arts. 7 a 12 del Estatuto de 1975 pudo haber llevado a la elección de un lugar más apropiado para las plantas de celulosa. Por el contrario, en ausencia de tal conformidad, la situación que resultó no difiere en mucho de un *fait accompli*.

No advirtió la Corte que el Uruguay violó obligaciones sustantivas impuestas por el Estatuto de 1975 antes de la autorización acordada a ENCE y a Orion (Botnia) para situarse en un lugar vulnerable e inadecuado, justo frente y muy próximo a una importante y populosa ciudad argentina, Gualeguaychú, emplazada en la otra costa del Río Uruguay, dotada de un tradicional balneario. Ese emplazamiento determinó una respuesta masiva de su población que durante más de tres años y medio cortó un puente internacional sobre el Río Uruguay, que une a esa ciudad con la ciudad uruguaya de Fray Bentos.

Admite la Corte que existe una relación funcional entre las obligaciones de procedimiento y las obligaciones sustanciales. Ella considera que todo el procedimiento establecido por los arts. 7° a 12, está estructurado en modo tal que las partes, en asociación con la CARU, son capaces al término del proceso de cumplir su obligación de prevenir cualquier perjuicio transfronterizo que pueda ser causado por potenciales actividades dañosas planeada por una o por la otra (sentencia, párr. 139). Pero se aleja de tal criterio al sostener que en la medida en que la satisfacción de las obligaciones de fondo se encuentren aseguradas (o al menos no esté acreditado lo contrario), el incumplimiento de las obligaciones procesales no importa demasiado y, por lo tanto, que una declaración que compruebe tal incumplimiento constituye una satisfacción apropiada.

Culmina la disidencia con la verificación de que la Corte perdió una ocasión para demostrar a la comunidad internacional su falta de preparación y habilidad para encarar disputas científicamente complejas. Es válida y valiosa su conclusión de que no participan del criterio de que el Uruguay no violó sus obligaciones sustantivas bajo los arts. 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay.

A nuestro juicio, la opinión de los jueces disidentes trasciende el caso específico de las plantas de celulosa, tiene interés institucional y jerarquiza la búsqueda de la verdad jurídica objetiva. La renuncia consciente a tal búsqueda afecta el servicio de justicia.

SECCIÓN II
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Y DERECHO DE LOS REFUGIADOS

VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO,
LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y LA CONTRIBUCIÓN
DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR)
EN LA MATERIA

Por GABRIEL PABLO VALLADARES*

PRESENTACIÓN

En los párrafos siguientes se presenta, de forma sucinta, la obligación de los Estados de legislar para buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario y su deber de hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad, o si lo prefiriese y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado parte en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (en adelante Convenios de Ginebra) y el Protocolo Adicional I a dichos Convenios de 1977 (en adelante Protocolo Adicional I), si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Una introducción al Derecho Internacional Humanitario ha de ser útil para una mejor comprensión de las bases de la obligación jurídica mencionada pre-

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Desde 1998 es asesor jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Hasta 1997 fue profesor adjunto interino de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Humanitario de la cátedra de la Dra. Hortensia D. T. Gutiérrez Posse de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor adjunto de la cátedra de la Dra. Susana Novile de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores. Entre 2005 y 2007 fue profesor invitado del Posgrado *lato sensu em direito* dos conflictos armados, de la Universidad de Brasilia, Brasil, del módulo de Derecho Internacional Humanitario del postgrado en jurisdicción penal internacional y derechos humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata, y del postgrado sobre ser humano y conflicto armado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Entre 2004 y 2009 fue profesor invitado de Derecho Internacional Humanitario de la Maestría en derechos humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Desde 1993 es miembro del Departamento de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). Desde 1997 hasta el presente es corresponsal del *Asser Instituut* de Holanda para su *Yearbook of International Humanitarian Law*. Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional y ha participado en más de 200 eventos académicos como expositor entre 2001 y 2011 en América, África y Europa. El autor deja constancia que el contenido del presente artículo no representa en todos sus puntos necesariamente la posición oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

cedentemente, haciéndose referencia a los instrumentos internacionales que la contienen y los institutos jurídicos que necesariamente debe conocer un legislador para que la obligación sea cumplida a cabalidad cuando se legisla en la materia. Algunos ejemplos de la práctica en países de América servirán de marco práctico a los conceptos teóricos que se formulan.

Por último, se harán el estado de participación en los tratados de Derecho Internacional Humanitario por parte de la República Argentina y los avances de la legislación nacional en la materia serán una excusa para ofrecer algunos comentarios sobre la labor de apoyo y asesoramiento que desarrolló el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) en estos procesos legislativos.

I. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional Humanitario es parte del Derecho Internacional Público. Se trata de un cuerpo de normas jurídicas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en los conflictos armados, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto¹.

Sus orígenes se remontan a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. Este derecho no tiene la pretensión de prohibir la guerra, ni la ambición de definir su legalidad o su legitimidad, sino de aplicarse cuando el recurso a la fuerza se ha infelizmente impuesto y lo que queda es limitar los sufrimientos de las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades². De allí su calificación de *ius in bello* o derecho aplicable en la guerra; se trata de un derecho de orientación típicamente humanitaria, diferente del *ius ad bellum*, o derecho de hacer la guerra.

La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX y desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas

¹ GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*, Buenos Aires, Zavalía, 1995, p. 347.

² KALSHOVEN, Frits y ZEGBELD, Liesbeth, *Restricciones en la conducción de la Guerra*, Buenos Aires, CICR, p. 12: «El derecho humanitario se propone mitigar el sufrimiento humano causado por la guerra o, como suele decirse «humanizar» la guerra. Pero podemos preguntarnos si este objetivo declarado no está en total contradicción con la esencia misma de la guerra, e incluso si es siquiera un objetivo deseable. La respuesta a la primera pregunta es que el derecho humanitario de ningún modo pretende hacer la guerra una actividad «de buen tono» y esencialmente humana, más o menos comparable a una justa de la Edad Media. Antes bien, y mucho más modestamente, se propone impedir que las partes en un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y proporcionar la protección fundamental que los más directamente afectados por el conflicto necesitan, sin que por ello la guerra deje de seguir siendo lo que siempre ha sido: «un fenómeno aterrador».

basadas en la experiencia surgida de los conflictos armados que intenta mantener un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares.

El Derecho Internacional Humanitario convencional sólo es aplicable en caso de conflicto armado y se aplica por igual a todas las partes involucradas sin tener en cuenta quien dio inició a las hostilidades. El Derecho Internacional Humanitario, no cubre las situaciones de tensiones internas ni de disturbios interiores, como son ciertos actos aislados de violencia que pueden acaecer en el territorio de un Estado sin constituir un conflicto armado sin carácter internacional.

La mayoría de las normas fundamentales de este ordenamiento han adquirido el carácter de imperativas (*ius cogens*)³ en razón de su aceptación y reconocimiento por los Estados, porque son reglas fundamentales de carácter humanitario cuya derogación no es posible sin negarse las consideraciones básicas de humanidad que se pretenden proteger.

En los conflictos armados internacionales se enfrentan dos o más Estados. También entran dentro de esta categoría de conflictos armados, los casos de ocupación total o parcial de un territorio, aún sin encontrar resistencia armada y los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Durante esta clase de conflictos deben observarse las normas de los cuatro Convenios de Ginebra el Protocolo Adicional I, el Protocolo Adicional III de 2005 y otros tratados de Derecho Internacional Humanitario sobre restricciones o prohibiciones de armas, protección de bienes culturales, etc., el derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho Internacional Humanitario.

En los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan partes en conflicto en el territorio de un mismo Estado, por ejemplo, las fuerzas armadas regulares y grupos armados disidentes o grupos armados organizados entre sí. En todos los conflictos armados sin carácter internacional, se aplican las disposiciones del art. 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra. Si el Estado, además de ser parte en los Convenios de Ginebra es también Estado parte del Protocolo Adicional II de 1977 y en el conflicto se dan los supuestos

³ Conf. art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de la presente Convención es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

que describe su art. 1º, entonces, este tratado internacional también deberá ser observado⁴, el Protocolo III Adicional de 2005, el derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho Internacional Humanitario.

En los conflictos armados sin carácter internacional también resultan de aplicación algunos otros tratados de Derecho Internacional Humanitario tales como, por ejemplo, el Protocolo II enmendado el 3 de mayo de 1996 a la Convención Sobre Restricciones y Prohibiciones de Ciertas Armas Convencionales que Causan Daños Excesivos de 1980, y para aquellos Estados que han aceptado la enmienda al art. 1º de la citada Convención, deberán observarlos en la aplicación de todos sus protocolos.

Las normas del Derecho Internacional Humanitario protegen a las personas que no toman parte en las hostilidades, como son los civiles y el personal médico y religioso. Protege asimismo a las personas que ya no participan en los combates, por ejemplo, los combatientes heridos o enfermos, los náufragos y los prisioneros de guerra, entre otros. Las personas que integran estas categorías de “*personas protegidas*” tienen el derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad y para que en el caso de ser llevadas ante los tribunales de justicia puedan beneficiarse de las garantías fundamentales del debido proceso. Serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

En particular, está prohibido matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate. Los heridos y los enfermos deben ser recogidos y asistidos por la parte beligerante en cuyo poder estén. Se deben respetar al personal y el material médico, los hospitales y las ambulancias.

Normas específicas regulan, asimismo, las condiciones de detención de los prisioneros de guerra y el trato debido a los civiles que se hallan bajo la autoridad de la parte adversa, lo que incluye, en particular, su mantenimiento, atención médica y el derecho a mantener correspondencia con sus familiares.

El Derecho Internacional Humanitario prevé, asimismo, algunos signos distintivos que se pueden emplear para identificar a las personas, los bienes y los lugares protegidos. Se trata principalmente de los emblemas de la cruz roja, la media luna roja y el emblema adoptado por el Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra de 1949, vulgarmente conocido como “cristal rojo”, así como los signos distintivos específicos de los bienes culturales, de la protección civil y de las instalaciones u obras que contienen fuerzas peligrosas.

El Derecho Internacional Humanitario prohíbe, entre otras cosas, las armas y las tácticas militares que no distinguen entre las personas que participan en los combates y las personas que no toman parte en los combates, a fin de respetar la vida de la población civil, de las personas civiles y los bienes civiles;

⁴ Ver art. 1º, Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, adoptado el 8 de junio de 1977.

las que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios; las que causan daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente.

Este derecho ha prohibido, pues, el uso de muchas armas, incluidas las balas explosivas, las armas químicas y biológicas, las armas láser que causan específicamente ceguera, las minas antipersonal y las municiones de racimo, entre otras.

Hay varios medios para garantizar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Existen medios que podemos denominar de preventivos, cuyo objeto es hacer cumplir a los Estados la obligación contraída al ratificar o adherir a los tratados de Derecho Internacional Humanitario para respetar y hacer respetar esta rama del Derecho Internacional Público. Ejemplos de estos medios preventivos son la difusión y la integración del Derecho Internacional Humanitario en los planes de estudios, el entrenamiento, la logística, la doctrina militar y la sanción; la formación de personal calificado con miras a facilitar su aplicación y el nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas; la adopción en tiempo de paz de medidas legislativas y reglamentarias que permitan garantizar el respeto de sus normas y la traducción de los textos convencionales a las lenguas vernáculas para su mejor comprensión⁵.

Entre los ámbitos donde se requiere la adopción de medidas de aplicación, se cuentan, entre otras, la protección de los emblemas de la cruz roja, de la media luna roja y el “cristal rojo”, la protección de ciertos bienes sustanciales para la supervivencia de la población civil, la protección de los bienes culturales, la protección de obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, la prohibición o restricción del empleo, uso o transferencia o fabricación de ciertas armas, como así también su destrucción, la protección de los civiles y zonas neutralizadas, sanitarias u otras.

Algunas medidas requieren la aprobación de leyes o reglamentos. Otras, el desarrollo de programas educativos, la selección y/o capacitación de personal, la producción de tarjetas de identidad y de otros documentos, la instalación de estructuras especiales y la introducción de procedimientos administrativos y de planificación.

Por otra parte, existen medios de control que están previstos para toda la duración de los conflictos con el objeto de velar por la observancia del Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, la designación de potencias protectoras o la presencia de una organización independiente e imparcial, tal como el CICR que pueda cumplir con el cometido de aquellas. También podemos incluir en este rubro a la Comisión Internacional de Encuesta o ciertas medidas que puede tomar el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) si determina que las violaciones del Derecho Internacional Hu-

⁵ Vgr. la Comisión de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario de la República de Paraguay ha redactado e impreso una cartilla para el soldado paraguayo que contiene en una carilla las normas básicas del Derecho Internacional Humanitario escritas en español y en la otra hoja escritas en guaraní.

manitario configuran una amenaza a la paz o la seguridad internacionales en el marco de su Carta fundadora en una situación determinada que le hubiera sido sometida.

Por último, los Estados han consensuado también varios medios para perseguir judicialmente las violaciones a este derecho. Es fundamental que los Estados persigan y lleven ante los tribunales de justicia a todos los sospechosos de haber cometido o dado orden de cometer una infracción grave del Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional Humanitario tiene algunas convergencias con otras ramas del Derecho Internacional Público, tales como el derecho del desarme, el derecho de refugiados y el Derecho Internacional de los derechos humanos. Se mencionan, a continuación, algunas convergencias y diferencias que existen entre el Derecho Internacional Humanitario en relación a esta última rama del Derecho Internacional Público.

El Derecho Internacional de los derechos humanos es un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, que disponen acerca del comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Estados.

Aunque algunas de las normas del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son similares, estas dos secciones del Derecho Internacional Público se han desarrollado por separado y figuran en tratados diferentes.

La finalidad, tanto del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de los derechos humanos, es proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas, pero desde puntos de vista propios y diferentes.

No ha de sorprender que, a pesar de una formulación muy diferente, la esencia de algunas normas sea similar, o incluso idéntica. Por ejemplo, los dos derechos protegen la vida humana y prohíben la tortura u otros tratos crueles o inhumanos y también la discriminación. Sin embargo, el Derecho Internacional Humanitario contiene disposiciones sobre muchas cuestiones que están por fuera del ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, como por ejemplo, la conducción de las hostilidades, los estatutos del combatiente y del prisionero de guerra, la protección del emblema de la cruz roja, de la media luna roja, del sol y león rojos y ahora también del vulgaramente conocido como “cristal rojo”.

Del mismo modo, el Derecho Internacional de los derechos humanos dispone acerca de aspectos de la vida en tiempo de paz que no están reglamentados por el Derecho Internacional Humanitario, como la libertad de prensa, el derecho a reunirse, a votar y a declararse en huelga, entre otros.

A pesar de que el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los derechos humanos han tenido un desarrollo independiente desde

el punto de vista histórico, en tratados recientes se han incluido disposiciones de ambos derechos⁶.

Como hemos mencionado anteriormente, el Derecho Internacional Humanitario es aplicable en tiempo de conflicto armado, internacional o sin éste carácter. Dado que el Derecho Internacional Humanitario dispone normas para ser aplicadas en una situación excepcional no están permitidas las excepciones a la aplicación de sus disposiciones, es decir, que son normas irrenunciables y que no pueden ser desconocidas por las partes involucradas en el conflicto bajo ninguna circunstancia.

Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas por su condición de ser humano y deben ser respetados en todo tiempo y en todo lugar. Sin embargo, los Estados pueden derogar algunas normas en situaciones de emergencia pública que pongan en peligro la vida de la Nación, a condición de que las derogaciones sean proporcionales a la crisis y su aplicación no sea indiscriminada o infrinja alguna otra norma del derecho internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, el núcleo rígido de los derechos humanos es inderogable, como por ejemplo, el derecho a la vida y las normas que prohíben la tortura o los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la esclavitud y la servidumbre.

II. LA REPÚBLICA ARGENTINA, SU PARTICIPACIÓN EN LOS TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LAS MEDIDAS NACIONALES PARA SU APLICACIÓN

La República Argentina es Estado parte de la mayoría de los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario y de otros que, no obstante no ser estrictamente de la materia, contienen algunas disposiciones de aquella y se encuentran actualmente en vigor.

A continuación se listan los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario o con contenidos de este, que están en vigor en la República Argentina (desde la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra).

— I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña⁷.

— II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar⁸.

⁶ Vgr. Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados de 2000 y Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 sobre la Corte Penal Internacional.

⁷ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

⁸ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

— III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los Prisioneros de Guerra⁹.

— IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra¹⁰.

— 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) del 8 de junio de 1977¹¹.

— Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) del 8 de junio de 1977¹².

— Protocolo Adicional III sobre un signo distintivo a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, adoptado el 8 de diciembre de 2005¹³.

— Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado¹⁴.

— Protocolo de 1999 a la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado¹⁵.

— Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción¹⁶.

— Convención de 1980 sobre prohibiciones y restricciones de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCAC 1980) y los protocolos I (fragmentos no localizables), II (minas y armas trampa), III (armas incendiarias)¹⁷.

— Protocolo II (minas y armas trampas) enmendado en 1996 a la CCAC 1980¹⁸.

— Protocolo III (armas incendiarias) a la CCAC 1980¹⁹.

⁹ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

¹⁰ Ratificado por la República Argentina el 18 de septiembre de 1956.

¹¹ Ratificado por la República Argentina el 26 de noviembre de 1986. También la República Argentina aceptó la Comisión Internacional de Encuesta (art. 90, Protocolo adicional A I el 11 de octubre de 1996).

¹² Ratificado por la República Argentina el 26 de noviembre de 1986.

¹³ Ratificado por la República Argentina el 16 de marzo de 2011.

¹⁴ Ratificado por la República Argentina el 22 de marzo de 1989.

¹⁵ Ratificado por la República Argentina el 7 de enero de 2002.

¹⁶ Ratificado por la República Argentina el 27 de noviembre de 1979. La República Argentina también es Estado parte del antecedente directo de esta Convención, es decir el Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925.

¹⁷ Ratificado por la República Argentina el 2 de octubre de 1995.

¹⁸ Ratificado por la República Argentina el 21 de octubre de 1998.

¹⁹ Ratificado por la República Argentina el 2 de octubre de 1995.

— Protocolo IV (armas láser que causan ceguera) de 1995 a la CCAC 1980²⁰.

— Enmienda al art. 1º de la CCAC 1980 que extiende el ámbito de aplicación al conflicto armado sin carácter internacional²¹.

— Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles del 10 de diciembre de 1976²².

— Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción²³.

— Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción²⁴.

— Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, del 25 de mayo de 2000²⁵.

— Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 26 de noviembre de 1968²⁶.

— Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional de carácter permanente²⁷.

— Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

La mayoría de los tratados mencionados precedentemente contienen obligaciones para el Estado parte, en este caso la República Argentina, en el sentido de que deben adoptarse medidas nacionales administrativas y legislativas para la debida aplicación del Derecho Internacional Humanitario en caso de conflicto armado. Esas medidas deben ser tomadas necesariamente en tiempo de paz.

En cumplimiento de la obligación convencional de difundir ampliamente el Derecho Internacional Humanitario, la República Argentina ha integrado sus normas y principios en la doctrina, la enseñanza y el entrenamiento a las Fuerzas Armadas y también en varias asignaturas de las carreras de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de las universidades más prestigiosas del país. Varios cursos de Maestría y postgrados en algunas casas de altos estudios se ocupan de este tema²⁸.

²⁰ Ratificado por la República Argentina el 21 de octubre de 1998.

²¹ Aceptación por la República Argentina el 25 de febrero de 2004.

²² Ratificado por la República Argentina el 20 de marzo de 1987.

²³ Ratificado por la República Argentina el 2 de octubre de 1995.

²⁴ Ratificado por la República Argentina el 14 de septiembre de 1999.

²⁵ Ratificado por la República Argentina el 10 de septiembre de 2002.

²⁶ Ratificado por la República Argentina el 26 de agosto de 2003.

²⁷ Ratificado por la República Argentina el 8 de febrero de 2001.

²⁸ Vgr. la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Nacional de La Plata, la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Nacional de Mendoza, la Universidad Nacional

La República Argentina creó por Decreto Presidencial 933 del 16 de junio de 1994 una Comisión Nacional de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CADIH). Esta Comisión está compuesta por representantes del Ministerio de Defensa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y el Ministerio del Interior y su función principal es asesorar a las diferentes instancias del Estado promoviendo proyectos de ley para la adopción de medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, entre las que podemos mencionar un proyecto de ley sobre el uso y respeto del emblema de cruz roja y media luna roja; un proyecto de ley sobre la implementación del Tratado de Ottawa (minas antipersonal); el Decreto 1430/2004, que asignó a la Dirección de Consejería Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina las funciones de la Oficina Nacional de Información en caso de producirse un conflicto armado, de acuerdo con lo previsto en el art. 122 del Convenio relativo a trato debido a los prisioneros de guerra, suscripto en Ginebra, Confederación Suiza, el 12 de agosto de 1949; la aceptación por parte de Argentina de la enmienda del art. 1º de la Convención sobre restricciones y prohibiciones sobre ciertas armas convencionales que causan daños excesivos o innecesarios de 1980 que amplía el ámbito material de aplicación del citado tratado internacional a los conflictos armados sin carácter internacional; medidas tales como la señalización de bienes culturales bajo la protección de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de estos bienes en caso de conflicto armado, identificando a 9 Museos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y continuando con dicha labor en las provincias argentinas; asesoramiento para la ley 26.247 promulgada el 25 de abril de 2007 que implementa la Convención de 1993 sobre Armas Químicas.

III. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE PERSEGUIR JUDICIALMENTE LAS INFRACCIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

a) Los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I (conflictos armados internacionales)

Cuando se debe trabajar en un proyecto de ley sobre tipificación de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario en la legislación penal de un Estado, en primer término, se debe conocer cuáles son los instrumentos internacionales que deben tenerse en cuenta al respecto. Para ello se deberá verificar en cuáles tratados de Derecho Internacional Humanitario, o con contenidos de este derecho, el Estado es parte.

del Sur y la Pontificia Universidad Católica Argentina completan el cuadro de la enseñanza del Derecho Internacional Humanitario integrándolo en cursos de posgrado y maestrías.

En un segundo paso, es necesario conocer cuáles de esos tratados contienen exigencias para que se adopte legislación penal que permita luego juzgar sus violaciones. Comprobado ello, es claro para quien redacta el proyecto de ley, cuál es el compromiso jurídico inexcusable en materia de adopción de legislación penal a nivel nacional para perseguir a los presuntos responsables de cometer u haber dado órdenes de cometer infracciones graves contra el Derecho Internacional Humanitario²⁹.

Es obvio que si la materia a tratar es el Derecho Internacional Humanitario, los principales tratados que deben ser tomados en cuenta por quienes trabajen un proyecto de ley son los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I y II.

Nos ocupamos primero de los tratados aplicables en caso de conflicto armado internacional. Desde el momento de la recepción en el derecho nacional de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I pesa sobre el Estado parte la obligación incondicional, convencionalmente asumida en el art. 1º de respetar y hacer respetar dichos convenios y protocolos en todas las circunstancias, confirmando y reforzando, respecto a ellos, la virtualidad del principio general del Derecho de los Tratados *pacta sunt servanda* contenido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Dicha obligación convencional de naturaleza incondicional comporta, entre otros extremos, que sobre cada Estado parte recaiga el deber de hacer cuanto sea posible para que aquellas disposiciones convencionales sean rigurosamente observadas por sus órganos jurisdiccionales y administrativos y por cuantas personas se encuentren bajo su jurisdicción.

La propia redacción de los preceptos convencionales viene a reconocer la naturaleza no auto ejecutiva de la obligación convencional de que se trata, por cuando exige a los Estados que lleven a cabo el desarrollo legal preciso a partir de su recepción en el respectivo ordenamiento jurídico interno para que la misma devenga operativa. En síntesis, el Derecho Internacional Humanitario no establece de qué manera el Estado debe legislar pero si establece que tiene la obligación de hacerlo.

Cuando un Estado expresa su consentimiento en obligarse por aquellos tratados internacionales, pesará sobre este la obligación imperativa contenida en los respectivos párrafos primeros de los arts. 49 (I), 50 (II) 129 (III) 146 (IV) “*tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas*

²⁹ Por ej. la República Oriental del Uruguay ha ido en una oportunidad más allá en estos procesos, pues tipificó conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario contenidas en el Protocolo V sobre Residuos Explosivos de Guerra de la Convención sobre la Prohibición y Restricción de Ciertas Armas Convencionales que Causan Daños Excesivos o Innecesarios de 1980, y para entonces no era Estado parte. Ver Ley 18.026 de la República Oriental del Uruguay sobre implementación del Estatuto de Roma de 1998.

sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves”.

Las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario son enunciadas en el 50 (I), 51 (II) 130 (III) y 147 (IV) imponiendo, por su parte, el Protocolo Adicional I en su art. 86.1, como deber de los Estados Partes en este y en los Convenios, el de reprimir las infracciones graves de unos y de otros, que son anunciadas en los arts. 11.4 y 85.2, 3 y 4 respecto de las que, en su art. 85.5 se proclama que se considerarán “crímenes de guerra”.

Se trata de las siguientes conductas, a saber: homicidio intencional; tortura o tratos inhumanos; experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos; atentados graves contra la integridad física o la salud; destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente³⁰; el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a una persona protegida por el Cuarto Convenio de Ginebra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga; el hecho de privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios³¹; la deportación o el traslado ilegal; la detención ilegal de una persona protegida; la toma de rehenes³²; poner gravemente en peligro, mediante una acción u omisión deliberada, la salud o la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que estén internadas, detenidas o privadas de cualquier otra forma de libertad a causa de un conflicto armado, en particular las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes que no estén indicados por su estado de salud o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los ciudadanos no privados de libertad de la parte que realiza el acto.

Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud: hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos; lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos; hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; hacer uso péfido del signo distintivo de la cruz roja y de la media luna roja o de otros signos protectores.

³⁰ Arts. 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente.

³¹ Arts. 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente.

³² Art. 147 del Cuarto Convenio de Ginebra.

Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional I: el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio; la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles; las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal; el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se les haya conferido protección especial, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o utilizados por la parte adversa en apoyo de su esfuerzo militar; el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios y el Protocolo I de su derecho a ser juzgada regular e imparcialmente.³³

b) Violaciones del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II (conflictos armados sin carácter internacional)

La obligación de castigar las violaciones del art. 3º común a los cuatro convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II no está prevista explícitamente en los tratados. Pero aún, es claro que cuando los Convenios de Ginebra de 1949 disponen en sus arts. 49 (I), 50 (II), 129 (III) y 146(IV) que cada “*Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio*”, exigen una sanción, la cual no puede ser otra que una de tipo penal que abarca, inclusive, el caso de violaciones graves del art. 3º común³⁴. A ello hay que sumar que existe un derecho reconocido de carácter consuetudinario por el cual los Estados pueden perse-

³³ Arts. 11 y 85 del Protocolo I Adicional.

³⁴ Por ej., el Tribunal para la Antigua Yugoslavia notó al respecto que “[t]he Appeals Chamber is in no doubt that the acts enumerated in common article 3 were intended to be criminalised in 1949, as they were clearly intended to be illegal within the international legal order. The language of common article 3 clearly prohibits fundamental offences such as murder and torture” (ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-A, párr. 163). Esa interpretación está sostenida por los comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949 que explican en relación con las «medidas para que cesen» que «there is no doubt that what is primarily meant is the repression of breaches other than the grave breaches listed and only in the second place administrative measures to ensure respect for the provisions of the Convention» (Commentary ad article 146 CG IV). El Tribunal agrega que “[t]he absence of such legislation providing for the repression of such violations would, arguably, be inconsistent with the general obligation contained in common article 1º of the Conventions» (ibid, párr. 167).

guir penalmente a los autores de dichas violaciones invocando el principio de jurisdicción universal³⁵.

Las mencionadas violaciones se incluyen en la definición de crímenes de guerra contenida en el art. 8º del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional y se observa una tendencia creciente a incorporar sanciones al respecto en las legislaciones nacionales.

c) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de 1998 establece una Corte Penal Internacional que tiene competencia respecto de los crímenes de guerra, entre otros³⁶.

Es importante recordar que dicha Corte no se sustituye a las jurisdicciones nacionales. Son, ante todo, los Estados a quienes incumbe la obligación y la responsabilidad de enjuiciar a los presuntos criminales de guerra. Solo cuando un Estado parte en el Estatuto de Roma no pueda o no quiera llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento, la Corte tendrá competencia. Así, la Corte sería competente para conocer de un asunto siempre y cuando un Estado no reivindique su propia jurisdicción³⁷.

Cabe notar que el Estatuto de Roma no obliga, explícitamente, a los Estados Partes de castigar los crímenes de la competencia de la Corte. Pero sí lo supone, puesto que el mecanismo de complementariedad que prevé depende de la posibilidad de los Estados de reprimir dichos crímenes en el ámbito nacional³⁸.

Ello conlleva consecuencias legislativas respecto a la tipificación de los crímenes e inclusive por lo que atañe a las reglas generales que rigen la impropiedad del cargo oficial, la responsabilidad de los superiores, la imprescriptibilidad o las circunstancias eximentes de responsabilidad penal³⁹.

La adecuación del Derecho Penal al Estatuto de Roma no debe menoscabar las obligaciones que dimanar de los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I. Se trata, por el contrario, de armonizar el régimen establecido en estos dos últimos con aquel estipulado por el Estatuto. Significa cerciorarse

³⁵ Véase, por ej., ICTY, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párr. 134: «*All of these factors confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife*». También: HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD BECK, Luis, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, Cambridge University Press, 2005, ps. 551 ss.

³⁶ Véase el art. 5º del Estatuto de Roma de 1998. Además de los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional tiene competencia respecto al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión.

³⁷ Véase el preámbulo y los arts. 1º, 17, 18 y 19 del Estatuto de Roma.

³⁸ El Preámbulo del Estatuto de Roma recuerda en su inc. 6º «que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales».

³⁹ Véase, en particular, los arts. 6º, 7º, 8º, 27, 28, 29, 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma.

que la legislación penal permite, como mínimo indispensable y obligatorio, castigar los crímenes de guerra definidos por los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional I de acuerdo al sistema impuesto por dichos tratados. Las reglas del Estatuto pueden fortalecer, pero no deben debilitar, la arquitectura así erigida, en cuanto a la definición de los crímenes de guerra, así como por lo que atañe a las reglas sobre la responsabilidad penal y el ejercicio de la acción penal.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional codifica también una serie de crímenes de guerra que no siempre corresponden a una infracción grave en el sentido de los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional I.

En efecto, el art. 8° del Estatuto de Roma define cincuenta crímenes de guerra repartidos en cuatro categorías, o sea e: 1) infracciones graves de los Convenios de Ginebra; 2) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales; 3) violaciones graves del art. 3° común de los Convenios de Ginebra y 4) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos.

Al comparar los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I con el Estatuto de Roma, resulta que este identifica una serie de crímenes de guerra que no figuran en la lista de las infracciones graves de los tratados mencionados.

Concierne una parte de las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados internacionales, así como todas las violaciones graves contra las leyes y usos de los conflictos armados internos, en el sentido del art. 8° del Estatuto de Roma⁴⁰.

Por otro lado, conviene destacar que el Protocolo Adicional I enumera algunos crímenes que no aparecen en el Estatuto de Roma. Se trata, en particular, de los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, de los ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, y de la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles, definidos por los arts. 85(3) (c), 85(3) (d) y 85(4) (b) del Protocolo Adicional I, respectivamente.

d) Otros tratados de Derecho Internacional Humanitario que exigen tipificar penalmente en la legislación nacional las conductas que son violatorias

La República Argentina ha ratificado casi la totalidad de los tratados de Derecho Internacional Humanitario y muchos de ellos, contienen normas que deben ser perseguidas penalmente por el Estado.

Los tratados de mención son:

⁴⁰ Ejemplos de ello son los crímenes definidos por los arts. 8(2)(b)(iii), 8(2)(b)(xii), 8(2)(b)(xiv), 8(2)(b)(xvi), 8(2)(b)(xvii), 8(2)(b)(xviii), 8(2)(b)(xix), 8(2)(b)(xx), 8(2)(b)(xxiii), 8(2)(b)(xxiv), 8(2)(b)(xxv), 8(2)(b)(xxvi) del Estatuto de Roma, por lo que a los conflictos armados internacionales se refiere, así como los crímenes contra el derecho aplicable en los conflictos armados internos, definidos por los arts. 8(2)(c) y 8(2)(e) del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998.

i) Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954)

En la Convención se obliga a los Estados Partes a adoptar en el marco de su sistema de Derecho Penal, todas las medidas necesarias para perseguir e imponer sanciones penales o disciplinarias a aquellas personas que, con independencia de su nacionalidad, hayan cometido u ordenado cometer actos tipificados como infracción a dicha Convención.

ii) Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999)

Los Estados Partes en la Convención de 1954 y en el Segundo Protocolo tienen la obligación, en caso de conflicto armado internacional o no internacional, de establecer sanciones penales para, en particular, castigar a aquellas personas que:

- hagan objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada;
- utilicen los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares;
- causen destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954) y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999) o apropiárselos a gran escala;
- hagan objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954) y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999); y
- roben, saqueen o hagan un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954), y perpetrar actos de vandalismo contra ellos.

iii) Convención sobre la Prohibición de Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (1972)

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para prohibir y prevenir, sobre su territorio o en cualquier otro lugar bajo su jurisdicción o control, el desarrollo, la fabricación, el almacenamiento, la adquisición o la conservación de agentes, toxinas y armas biológicas, así como de

equipos y vectores destinados a su empleo (art. 4º). Esta prohibición se observa en cualquier circunstancia (art. 1º)⁴¹.

iv) Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976)

Los Estados Partes tienen la obligación de tomar las medidas que consideren necesarias para prohibir y prevenir toda actividad contraria a las disposiciones de la Convención en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control (art. 4º); a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para causar destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado parte (art. 1º).

v) Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996) y otros protocolos de la CCAC 1980

Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, en particular las de carácter legislativo, para prevenir y reprimir las violaciones de las disposiciones del Protocolo cometidas por personas o en territorios sujetos a su jurisdicción o control (art. 14, párr. 1º).

Los Estados Partes tienen, además, que imponer sanciones penales a las personas que, de forma deliberada, causen la muerte o heridas a civiles en el marco de un conflicto armado, en contravención de las disposiciones del Protocolo (art. 14, párr. 2º). Esta obligación es aplicable en los supuestos de personas o territorios colocados bajo la jurisdicción o el control del Estado en cuestión, se cometa el acto constitutivo de violación durante un conflicto armado internacional o no internacional (art. 1º, párr. 2º).

vi) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993)

Los Estados Partes deben adoptar medidas pertinentes para cumplir las obligaciones derivadas de la Convención; en particular, promulgar legislación penal por la que se sancione las violaciones de la Convención, hayan sido cometidas éstas por personas físicas o jurídicas que se encontraran en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control o por nacionales, con independencia del lugar de los hechos (art. 7º, párr. 1º).

⁴¹ Ver también la Res. 1540 del Consejo de Seguridad de la ONU del 5 de noviembre de 2004.

Los Estados deben igualmente cooperar con los demás Estados Partes: brindarse ayuda judicial mutua para facilitar, en particular, el cumplimiento de las obligaciones en materia de represión (art. 7º, párr. 2º). La prohibición, contenida en esta Convención, de desarrollar, fabricar, adquirir por otro medio, almacenar, transferir y emplear armas químicas, y de iniciar preparativos militares para el empleo de dichas armas, se mantiene en cualquier circunstancia (art. I).

vii) Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997)

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, reglamentarias y de otra índole que procedan, incluso la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad prohibida por la Convención, llevada a cabo por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control (art. 9º). La prohibición de emplear, desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal se observa en cualquier circunstancia (art. 1º)⁴².

viii) Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, del 25 de mayo de 2000

El tratado de mención obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas posibles para que ningún miembro de las fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en las hostilidades (art. 1º) y también prohíbe que se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas personas de la edad citada (art. 2º). También se prohíbe a los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado que en ninguna circunstancia reclute o utilice en hostilidades menores de 18 años (art. 4º). Entre las medidas jurídicas que el Estado debe tomar se encuentran aquellas que persigan penalmente a los infractores de este Protocolo Facultativo.

ix) Convención sobre las Municiones de Racimo, Dublin, mayo de 2008

La Convención establece una prohibición general de las municiones en racimo; prohíbe su empleo, producción, almacenamiento y transferencia. Además, prohíbe a los Estados Partes asistir, alentar o inducir a terceros a realizar cualquiera de las actividades prohibidas por las disposiciones del tratado. Por otro lado, los Estados que poseen o que están afectados por las municiones

⁴² Ver también la Res. 1540 del Consejo de Seguridad de la ONU del 5 de noviembre de 2004.

en racimo tienen la obligación específica de destruir las reservas, eliminar los restos de municiones en racimo y prestar asistencia a las víctimas.

Cada Estado parte tiene la obligación de adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que procedan para aplicar la Convención, incluida la imposición de sanciones penales para prevenir y reprimir las violaciones que hayan sido cometidas por personas o en el territorio bajo la jurisdicción o control de ese Estado

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES

El Derecho Internacional Humanitario establece una responsabilidad penal de las personas que ejercen una autoridad superior sobre subordinados que hubieren cometido crímenes de guerra.

La cuestión de la Responsabilidad del Superior es un tema inexcusable para quienes han de legislar en esta materia.

Los superiores pueden ser responsables por haber ordenado los crímenes, pero también por haber omitido tomar las medidas para prevenir que los crímenes se cometan. Se trata de una responsabilidad por falta de control y supervisión bien arraigada en el Derecho Internacional⁴³.

Así, el sistema para perseguir penalmente las infracciones graves, establecido por los Convenios de Ginebra, incluye a las “*personas que hayan cometido, u ordenado cometer*”, cualquiera de esas infracciones. Normalmente, no se presentan mayores problemas para establecer la responsabilidad penal de un superior que ordenó la comisión de un crimen de guerra cometido por un subordinado, puesto que los ordenamientos jurídicos nacionales prevén regularmente diferentes formas de participación o coautoría.

Otro caso se presenta cuando el superior no contribuyó activamente a la comisión del crimen. Al respecto, el Protocolo Adicional I estipula en su art. 86, párrafo 2º, una responsabilidad del superior por omisión: “*El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción*”.

El art. 86.2 del Protocolo Adicional I contiene varios elementos que el derecho penal nacional tiene que considerar. La jurisprudencia del Tribunal

⁴³ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-T, párr. 343: “*On the basis of the foregoing, the Trial Chamber concludes that the principle of individual criminal responsibility of superiors for failure to prevent or repress the crimes committed by subordinates forms part of customary international law*”. Confirmado por la Cámara de Apelaciones en IT-96-21-A, párr. 182 y ss. Véase también el caso “Yamashita”, 4 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1946).

Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha aclarado dichos elementos a la luz del art. 7.3 de su Estatuto que establece la responsabilidad del superior en términos diferentes, pero aplicando los mismos conceptos que el Protocolo Adicional I⁴⁴. Dichos elementos se refieren a la relación entre los responsables, la *mens rea* del superior y la falta de actuar⁴⁵.

Así pues, para poder establecer la responsabilidad penal del superior en el sentido del art. 86.2, el Derecho Penal tiene que contemplar, en primer lugar, una relación de superior a subordinado entre los responsables del crimen. Al respecto, el Comentario del Protocolo Adicional I enfatiza que: *“No se trata de una noción puramente teórica que cubra a cualquier superior en la cadena de mando; se alude solamente a un superior que tenga una responsabilidad personal con respecto al autor de las actuaciones en cuestión, porque este último, al ser su subordinado, está bajo su control. La relación directa que debe existir entre el superior y el subordinado se desprende claramente del “deber de actuar” estipulado en el párr. 1º. Además, sólo ese superior está normalmente en situación de disponer de la información que le permita concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado ha cometido o va a cometer una infracción. Sin embargo, no hay que concluir de esto que la presente disposición sólo se refiere al jefe a cuyas órdenes directas está el subordinado. [...] La noción de superior es más amplia y ha de tomarse en una perspectiva jerárquica que engloba la noción de control”*⁴⁶.

El Tribunal para la antigua Yugoslavia sostuvo que el concepto del control efectivo sobre un subordinado significa tener la capacidad material para prevenir o castigar los delitos, sin importar de qué manera se ejerce el control. En este sentido, el concepto de control define el umbral a partir del cual existe la relación entre el superior y el subordinado⁴⁷.

⁴⁴ El art. 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia dispone: “El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los arts. 2º a 5º del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores”.

⁴⁵ Comentario del Protocolo I, párr. 3543: “Según los términos de la presente disposición, han de cumplirse tres condiciones para que los superiores sean responsables por omisión de un delito cometido o a punto de ser cometido por un subordinado:

a) se trata de los superiores de ese subordinado (...);
 b) sabían o poseían información que les permitía concluir que se había cometido o que se iba a cometer una infracción;
 c) no tomaron las medidas a su alcance para impedirlo”.

⁴⁶ Comentario del Protocolo I, párr. 3545.

⁴⁷ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-A, párr. 256: *“The Appeals Chamber agrees that this supports the Trial Chamber’s interpretation of the law on this point. The concept of effective control over a subordinate - in the sense of a material ability to prevent or punish criminal conduct, however that control is exercised - is the threshold to be reached in establishing a superior-subordinate relationship for the purpose of article 7(3) of the Statute”*.

Cabe puntualizar que dicha relación puede existir tanto entre superiores y subordinados militares como entre civiles. Lo que es últimamente decisivo es el poder que permite al superior de efectivamente prevenir o reprimir el crimen.

El superior puede tener este poder o control *de iure* o *de facto*. Una posición jerárquica no entraña automáticamente una responsabilidad por los actos cometidos por los subordinados, si no está acompañada por un control efectivo. En el mismo sentido, la ausencia de un vínculo formal entre el superior y el subordinado no impide que exista, de hecho, una relación de subordinación en la cual el superior controla la conducta del subordinado⁴⁸.

En segundo lugar, es necesario que el derecho penal nacional tome en cuenta tanto el caso en el cual el superior sabía que el crimen iba a ser cometido o fue cometido, como el caso en el cual el superior no conocía estos hechos, pero tenía razones para conocerlos.

Cuando el superior sabía que se iba a cometer, o se había cometido, un crimen, poseía la *mens rea* necesaria para incurrir en responsabilidad penal por dicho crimen en la comisión del cual no había participado directamente. En esta hipótesis el superior está enterado, por ejemplo, de actos preparatorios o de violaciones anteriores⁴⁹.

Si no sabía, pero tenía la información que le permitía concluir que se habían cometido o que se iban a cometer crímenes, constituye también conocimiento⁵⁰. Permite entonces atribuir al superior la *mens rea* para la comisión del crimen por el subordinado. La información puede consistir en informes que le fueron remitidos, pero también en la presencia de elementos como la carencia de formación de los subordinados, los medios de ataque a disposición o la cantidad de munición utilizada. Son elementos que, en las circunstancias del caso concreto, deberían incitar al superior de investigar el asunto más en detalle o de tomar las medidas necesarias para impedir o castigar los crímenes⁵¹.

⁴⁸ Ver ICTY, “Prosecutor v. Zlatko Aleksovski”, IT-95-14/1-T, párr. 103: “*For the reasons set forth above, the Trial Chamber considers that anyone, including a civilian, may be held responsible pursuant to article 7(3) of the Statute if it is proved that the individual had effective authority over the perpetrators of the crimes. This authority can be inferred from the accused’s ability to give them orders and to punish them in the event of violations*”.

⁴⁹ Comentario del Protocolo I, párr. 3545.

⁵⁰ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, IT-96-21-A, párr. 232: “*The phrase, ‘had reason to know’, is not as clear in meaning as that of ‘had information enabling them to conclude’, although it may be taken as effectively having a similar meaning. The latter standard is more explicit, and its rationale is plain: failure to conclude, or conduct additional inquiry, in spite of alarming information constitutes knowledge of subordinate offences. Failure to act when required to act with such knowledge is the basis for attributing liability in this category of case*”.

⁵¹ Comentario del Protocolo I, párr. 3545.

Como tercer elemento, se exige que el superior falle a su obligación de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen o para castigar al subordinado responsable⁵².

En el art. 87 del Protocolo Adicional I relativo a los deberes de los superiores, se especifican las obligaciones que tienen los jefes. Respecto al incumplimiento del deber de actuar el párrafo 3 de dicha disposición estipula que los Estados: *“obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”*.

En este sentido, el superior debe adoptar todas las medidas factibles que tiene a su alcance para impedir o castigar los crímenes⁵³. Lo que hay que tomar en cuenta es la capacidad efectiva que tiene el superior para impedir o castigar los crímenes. La obligación de prevenir el crimen incumbe al superior desde el momento en el cual se enteró de la preparación o la planificación del crimen, o desde el momento a partir del cual dispone de elementos que le indican la comisión del crimen. La obligación de castigar surge luego de la comisión del crimen. Incluye como mínimo un deber de investigar el crimen para establecer los hechos y reportarlos a la autoridad competente, si el superior no goza del poder de castigar el mismo⁵⁴.

⁵² Ver ICTY, “Prosecutor v. Stanislav Galic”, IT-98-29-T, párr. 173: *“The case-law of the International Tribunal establishes that the following three conditions must be met before a person can be held responsible for the criminal acts of another under article 7(3) of the Statute: (1) a superior-subordinate relationship existed between the former and the latter; (2) the superior knew or had reason to know that the crime was about to be committed or had been committed; and (3) the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator”*.

⁵³ Ver ICTY, “Prosecutor v. Delalic”, párr. 395: *“It must, however, be recognised that international law cannot oblige a superior to perform the impossible. Hence, a superior may only be held criminally responsible for failing to take such measures that are within his powers. The question then arises of what actions are to be considered to be within the superior’s powers in this sense. As the corollary to the standard adopted by the Trial Chamber with respect to the concept of superior, we conclude that a superior should be held responsible for failing to take such measures that are within his material possibility. The Trial Chamber accordingly does not adopt the position taken by the ILC on this point, and finds that the lack of formal legal competence to take the necessary measures to prevent or repress the crime in question does not necessarily preclude the criminal responsibility of the superior”*.

⁵⁴ Ver ICTY, “Prosecutor v. Kordic”, IT-95-14/2-T, párr. 445: *“The duty to prevent should be understood as resting on a superior at any stage before the commission of a subordinate crime if he acquires knowledge that such a crime is being prepared or planned, or when he has reasonable grounds to suspect subordinate crimes”*. Ibid, párr. 446: *“The duty to punish naturally arises after a crime has been committed. Persons who assume command after the commission are under the same duty to punish. This duty includes at least an obligation to investigate the crimes to establish the facts and to report them to the competent authorities, if the superior does not have the power to sanction himself. [...] Civilian superiors would be under*

V. JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron un sistema cuya rigurosa aplicación hubiera imposibilitado a los criminales de guerra que escapasen de ser juzgados ante los tribunales de su propio país o en cualquier otro Estado. Es decir que imponen la obligación a los Estados de garantizar que sus leyes penales contengan las disposiciones necesarias para buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario o crímenes de guerra, y de ser el caso hacerlas comparecer ante sus propios tribunales o entregarlas a otro Estado interesado en juzgarlas. Además, los tratados no se satisfacen con la adopción de dichas leyes, sino que exigen expresamente a los Estados, buscar activamente a los sospechosos y juzgarlos efectivamente⁵⁵. Esto hace claramente que los legisladores deban conocer profundamente los alcances y el significado del principio de la jurisdicción universal.

Estas reglas no toleran ningún límite en cuanto a la nacionalidad de los autores o de las víctimas, ni con respecto al lugar donde se cometieron los crímenes. Por lo tanto difieren de la jurisdicción basada en la territorialidad, la personalidad activa o pasiva, o el interés nacional del Estado.

Los Convenios de Ginebra establecen entonces una jurisdicción universal la cual esté reforzada por el hecho de que 194 Estados son partes en dichos convenios y se comprometieron por consiguiente a aplicar sus disposiciones, lo que significa que no debería ser posible evitar el castigo.

El motivo por el cual los Estados se comprometieron a ejercer una jurisdicción tan amplia en materia de crímenes de guerra proviene de la convicción que dichos crímenes atentan contra la conciencia del mundo civilizado y amenazan el orden jurídico internacional. Es decir que se considera al criminal de guerra como *hostis humani*. Por lo tanto la represión de sus crímenes responde a un interés de todos los Estados y no únicamente de aquellos directamente afectados.

La Corte Suprema de Canadá explicó al respecto que en cuanto a los crímenes de guerra la persecución extraterritorial es una necesidad práctica porque a menudo el Estado donde se cometió el crimen se abstiene de enjuiciarlo. Además, existiría una tendencia de los culpables de huir a lugares incluso muy alejados. Entonces, sería fácil para ellos evitar el castigo porque pudiesen trasladarse afuera de la jurisdicción territorial del Estado del crimen. La corte concluyó que tal posibilidad era precisamente rechazada por la comunidad internacional⁵⁶.

similar obligations, depending upon the effective powers exercised and whether they include an ability to require the competent authorities to take action”.

⁵⁵ Arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

⁵⁶ Ver Supreme Court of Canada (“R. v. Finta”, [1994] 1 SCR 701): “*Extraterritorial prosecution is thus a practical necessity in the case of war crimes and crimes against humanity.*”

Los arts. 49 (I), 50 (II), 129 (III) y 146 (IV) de los cuatro Convenios de Ginebra, establecen la obligación de juzgar a los que violan el Derecho Internacional Humanitario, o entregarlos a otro Estados para que sean juzgados, en los siguientes términos: “*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes*”.

El comentario de los Convenios de Ginebra subraya que las legislaciones nacionales deben extenderse a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad⁵⁷. Es decir que los Estados tienen que enjuiciar a los violadores del Derecho Internacional Humanitario de cualquier país.

Por otro lado, surge la pregunta sobre si los Estados tienen que reprimir tanto las infracciones graves cometidos en su propio territorio como en aquel de otros Estados. Estrictamente hablando, el texto de los arts. 49(I), 50 (II), 129 (III) y 146 (IV) de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no se refiere explícitamente al *forum delicti commissi*. No obstante, la irrelevancia del lugar de la comisión de los crímenes resulta evidente de la interpretación histórica y teleológica de la norma. Está confirmado, además, por una práctica constante tanto al nivel nacional como internacional.

Not only is the state where the crime took place unlikely to prosecute; following the cessation of hostilities or other conditions that fostered their commission, there also is a tendency for the individuals who perpetrated them to scatter to the four corners of the earth. Thus, war criminals would be able to elude punishment simply by fleeing the jurisdiction where the crime was committed. The international community has rightly rejected this prospect”.

⁵⁷ Comentary to Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 august 1949, ad art. 49: “*The obligation imposed on the States to enact any necessary legislation implies the applicability of such legislation to any person, whether a national or an enemy, who commits a grave breach. This is a point on which a number of national laws which already penalize certain cases of violation by their nationals of the Geneva Convention, require to be supplemented. The obligation imposed on the Contracting Parties to search for persons accused of grave breaches of the Convention implies activity on their part. As soon as one of them is aware that a person on its territory has committed such an offence, it is its duty to see that such person is arrested and prosecuted without delay. It is not, therefore, merely at the instance of a State that the necessary police searches should be undertaken: they should be undertaken automatically, and the proceedings before the courts should, moreover, be uniform in character, whatever the nationality of the accused. Nationals, friends and enemies should all be subject to the same rules of procedure, and should be judged by the same courts*”.

En efecto, las circunstancias en las cuales suelen ocurrir este tipo de infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario son a menudo caóticas o incluso permisivas. Por ello, son poco propicias para que la justicia del *locus delicti* pudiera desempeñarse con la serenidad y eficacia requeridas. En consecuencia, confiar la persecución penal de los crímenes de guerra únicamente a los Estados partes en el conflicto armado es impracticable y conlleva el riesgo de favorecer la impunidad.

Además, cabe tener presente que la gran mayoría de los conflictos armados de hoy día son sin carácter internacional. La mayoría de los crímenes de guerra se cometen en estos conflictos. Es decir que se trata de circunstancias donde tanto los perpetradores como las víctimas pertenecen al mismo Estado en cuyo territorio ocurren los crímenes. En esta situación se reúnen todos los requisitos que el derecho penal exige tradicionalmente para afirmar la jurisdicción de los tribunales nacionales. Por lo tanto no sería necesario que el Derecho Internacional haga hincapié en la obligación de legislar al respecto. Si lo hace sin embargo es para que todos los Estados puedan castigar tales crímenes.

VI. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la acción pública existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, por lo que respecta a las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, hay varios ordenamientos jurídicos que no tropiezan con este obstáculo en el ejercicio de la acción pública. En particular, es este el caso de los sistemas de *common law*. Los legisladores de los sistemas de derecho romano-germánicos bien han instituido prescripciones bastante más largas que para las infracciones leves, bien han excluido cualquier prescripción para las infracciones graves.

La prescripción de las sanciones se acepta con menos generalidad en los diferentes ordenamientos jurídicos. Los sistemas jurídicos de *common law* hacen caso omiso de ella, y los demás ordenamientos la limitan severamente. Los plazos son, por lo general, muy largos para las infracciones más graves. La prescripción de la sanción no entra en juego habitualmente por lo que respecta a ciertas infracciones o contra delincuentes supuestamente peligrosos o reincidentes.

En Derecho Internacional no se conoce, por lo general, la prescripción. Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales no abordan el tema, pero si lo hace el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional.

Por lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad se afirmó mediante la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 relativa a la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. La República Argentina también es Estado parte en este tratado internacional.

Esta Convención abarca tanto la prescripción de la acción pública como la prescripción de las sanciones. Los crímenes contemplados son los crímenes de guerra, incluidas expresamente las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, los crímenes de lesa humanidad, cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, incluido el apartheid y el genocidio. Esta Convención tiene efectos retroactivos en la medida en que tiende a abolir cualquier prescripción que intervenga en virtud de una ley o de cualquier otra norma.

La XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Estambul, 1969) invitó, en su Resolución XII, a los Gobiernos de todos los Estados a adherirse a la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Esta postura se fundaba en la preocupación del Movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja por el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y la convicción de que la adopción de la Convención es un medio de evitar la repetición de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad.

*VII. LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO Y SU TIPIFICACIÓN EN LAS LEGISLACIONES
NACIONALES DE AMÉRICA, CON ESPECIAL REFERENCIA
A LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA CONTRIBUCIÓN REALIZADA
POR EL CICR EN LA MATERIA*

a) La situación en América Latina

En la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que se reunió en Ginebra en el año 1995, se recordó la importancia de la aplicación a nivel nacional del Derecho Internacional Humanitario. Mediante la aprobación de las recomendaciones del grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra, la Conferencia puso de relieve la imperiosa necesidad de que los Estados adopten medidas legislativas y reglamentos de aplicación a nivel nacional que permitan garantizar el respeto de los tratados de Derecho Internacional Humanitario, y para ello se instó a la creación de comisiones nacionales de aplicación de este derecho (en adelante CADIH). Por su lado el CICR instituía desde entonces, el Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario a fin de reforzar su apoyo a los Estados comprometidos en la aplicación de este derecho a nivel nacional.

Para ese mismo año, América Latina ya contaba con algunas CADIH en Argentina, Bolivia, Chile, Panamá, Paraguay, República Dominicana y la República Oriental del Uruguay, a las que podríamos sumar la Comisión Gubernamental para la Humanización del Conflicto Armado Interno y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario de Colombia. En síntesis existían ocho CADIH mientras en el mundo había un total de treinta y cinco.

En 2011 en América existen CADIH en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y la República Oriental del Uruguay. Son diecisiete CADIH sobre un total de noventa en el mundo.

Los principales tratados del Derecho Internacional Humanitario han sido aceptados por casi todos los Estados de la región americana. Sin embargo, hacerse parte de esos tratados es sólo un primer paso, ya que también deben esforzarse por aplicar este derecho, es decir, poner sus normas en acción.

En toda América, y en especial en América Latina, se ha trabajado mucho por la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, pero no en todos los ámbitos que ello es exigido por los tratados pertinentes. Por un lado, es la región del mundo que, en los últimos quince años, ha ratificado la mayor cantidad de tratados internacionales y también, aunque en forma menor y más lenta, se ha esforzado por adoptar medidas nacionales para su efectiva aplicación.

América Latina ha incluido el Derecho Internacional Humanitario en su debate en las agendas de los foros regionales tales como la Organización de Estados Americanos (OEA), el Parlamento Latinoamericano (PARLATINO) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) entre otros. En dichos foros, el Derecho Internacional Humanitario está presente a través del debate político, humanitario y traducido en la adopción de declaraciones, resoluciones, organización de seminarios y cursos para sus miembros.

A ello hay que sumar que, durante los últimos años, las declaraciones finales de las reuniones de ministros de Defensa de la región se han hecho eco de la importancia de la integración del Derecho Internacional Humanitario en las Fuerzas Armadas tanto en la doctrina, la enseñanza, el entrenamiento y también en la sanción.

Por otra parte, en América Latina, el Derecho Internacional Humanitario es objeto de estudio sistemático en la mayoría de las universidades que forman la dirigencia política y los líderes de opinión en sus propios contextos nacionales.

En el marco de las cuestiones regionales, el CICR celebra, en 1996, un acuerdo con la OEA, no obstante que desde el año 1994, la Organización ya se adentraba en temas de Derecho Internacional Humanitario. Por entonces, ya adoptaba una resolución en el seno de su Asamblea General sobre su promoción y respeto que, año tras año, se seguirá renovando y reflejará la voluntad política positiva de los Estados Miembros en su compromiso de asegurar el respeto de las normas de este derecho.

Hasta el año 1996, apenas dos Estados tenían legislación sobre crímenes de guerra en forma parcial en toda América, se trataba de Estados Unidos de Norte América y Canadá. Algunos países también tenían normas dispersas en códigos penales militares o de justicia militar que incriminaban, mayormente, conductas constitutivas de crímenes de guerra relacionados con el estatuto de

prisionero de guerra, pero no existía por entonces, legislación alguna que fuera completa. La intención de los Estados de la región para redactar proyectos en la década del noventa era al menos precaria.

Si se consulta el primer informe del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR, sobre el punto referido, se puede apreciar, por ejemplo que, en 1996 la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de Colombia estaba trabajando en un proyecto de ley para incorporar en la legislación penal nacional la represión de las violaciones al Derecho Internacional Humanitario⁵⁸.

También en 1996, Costa Rica, en el marco del proceso de revisión del Código Penal, del código de procedimiento penal y de la ley de justicia para menores, estudiaba la posibilidad de incorporar los crímenes de guerra. El propio Ministro de Justicia instauraba un grupo de trabajo e invitaba al CICR para colaborar y asesorar a los redactores del proyecto.

Por otra parte Guatemala, aprovechando al igual que Costa Rica un proceso de revisión del Código Penal, recibía con beneplácito la sugerencia del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR para incorporar los crímenes de guerra. Para ello el Colegio de Abogados estuvo encargado de preparar un proyecto de revisión de la legislación penal y el CICR asesoró a sus miembros.

En el Cono Sur, Argentina, por entonces, a instancia de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, trabajaba arduamente en un proyecto de reforma del Código de Justicia Militar que incluía un capítulo completo sobre las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario. El CICR pudo revisar el proyecto y hacer las sugerencias del caso.

Siguiendo las informaciones contenidas en el informe de participación de los tratados de relevancia para el Derecho Internacional Humanitario y su aplicación a nivel nacional presentado por el CICR a la OEA, para el bienio 2008/2009, quince años después, es decir en 2010, existían ocho Estados de la región que han incorporado en su derecho penal normas que le permiten sancionar la mayoría o la totalidad de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario y otras violaciones de acuerdo con sus compromisos internacionales.

Estos Estados son: Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Estados Unidos de Norte América, Nicaragua, Panamá y la República Oriental del Uruguay. En varios de esos procesos participaron sus CADIH y el CICR asesoró a través de sus delegaciones y del Servicio de asesoramiento ya mencionado anteriormente.

⁵⁸ Aplicación a nivel nacional del Derecho Internacional Humanitario, Informe Anual 1996, CICR Ginebra, 1997.

b) La situación en la República Argentina

Haciendo un poco de historia, vemos que antes del año de 2007, sólo el antiguo Código de Justicia Militar Argentino (en adelante CJMA) era el único instrumento legal con rango de ley en el país que incorporaba algunas infracciones graves que figuran en los Convenios de Ginebra. Así, por ejemplo, el art. 746, CJMA, punía a la persona que obligara a un prisionero de guerra a combatir contra su bandera, lo injuriare o lo maltratare o le privare del alimento necesario. El mismo artículo tenía una prescripción en su segundo inciso acerca de la prohibición de atacar sin necesidad militar a hospitales, asilos de beneficencia, templos, conventos, cárceles o casas de agentes diplomáticos o cónsules extranjeros. También sancionaba a quien destruyere templos, conventos, bibliotecas, museos, archivos u obras notables de arte sin que lo exigieran las operaciones de guerra. El art. 741, CJMA, sancionaba al militar que prolongare las actividades después de haber recibido la noticia oficial de haberse hecho la paz, tregua o armisticio. Fuera de estas normas, si hubiera sido necesario en un conflicto armado, en subsidio se hubieran debido aplicar algunos tipos penales del derecho penal clásico como el homicidio, las lesiones y otros que figuraban en el Código Penal de la Nación Argentina.

A lo largo de la década del noventa y en los primeros años del siglo veintiuno, el Congreso de la Nación Argentina trató en sus comisiones parlamentarias varios proyectos de ley que tipificaban penalmente las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario. No hacemos mención de todos ellos pero si mencionaremos algunos para demostrar que la mayoría de los proyectos de ley proponían modificar el Código Penal de la Nación Argentina o el antiguo Código de Justicia Militar.

Por ejemplo, son de mención los siguientes: el proyecto de ley del senador Rubén Giustiniani que presentó, en el año 2005, en Senadores proponiendo una reforma del Código Penal de la Nación Argentina a través de una ley especial en lo penal que tipificaba la mayoría de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario; o el proyecto de ley de reforma integral del Código Penal que encabezaba un grupo de notorios penalistas argentinos con la anuencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que en el año 2004 incluía un título sobre las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, o la propia reforma del Código de Justicia Militar (Ley 26.394) emprendida por el Ministerio de Defensa en el año 2005 que, inicialmente, pretendió tipificar todas las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario pero que, finalmente, solo hizo referencias a los procedimientos para su juzgamiento en tiempo de conflicto armado.

No podemos dejar de mencionar también que, en el año 2001, se creó una comisión de expertos que preparó un proyecto de ley que tipificaba todas las conductas violatorias de los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional I y el art. 8º del Estatuto de Roma de 1998 y aseguraba la complementariedad con

la Corte Penal Internacional. Este proyecto fue presentado al Parlamento en el año 2005 pero no alcanzó su aprobación en el Senado. Al poco tiempo, quien actualmente es la presidente de la República Argentina, por aquel entonces senadora Cristina Fernández de Kirchner, redactaba un proyecto de ley que hacía remisión a los crímenes de competencia del Estatuto de Roma de 1998. El CICR tuvo la oportunidad de ser consultado y asesorar en la materia. El 6 de enero de 2007 se publicó en el Boletín Oficial de la Nación Argentina la Ley 26.200 que nació del proyecto de mención.

Todos los proyectos mencionados precedentemente contaron en algún momento de su redacción con la opinión y asesoría técnica legal del CICR.

Tomando en cuenta que la mayoría de los proyectos de ley presentados en el Congreso Argentino estaban referidos a la implementación del Estatuto de Roma de 1998, el CICR recordó, en todos los casos, la necesidad de completar todas las figuras a ser tipificadas con aquellas que figuraban en los tratados internacionales de las que la Argentina es Estado parte y que el Estatuto de Roma de 1998 no incluye en su totalidad, pero que siguen en vigor para el Estado.

Siendo que el mandato del CICR se ciñe a la promoción y respeto del Derecho Internacional Humanitario las consideraciones que se hacían a los diferentes proyectos presentados -no obstante que contenían otros temas- versaban sobre la tipificación de las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, el principio de jurisdicción universal, la responsabilidad de los superiores y la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra⁵⁹. El CICR no puede opinar acerca de cuál es el método que el Estado debe adoptar para incorporar estos crímenes en su legislación penal interna, por ello no podía indicar si era conveniente tipificar en forma detallada las conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario o hacer remisión a los tratados que la contienen.

El proyecto presentado por la senadora Kirchner, hoy Ley 26.200, proponía incorporar a la legislación de la República Argentina los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, haciendo una remisión a los artículos del Estatuto de Roma de 1998 (6, 7 y 8 respectivamente). Sin embargo, al hacer una remisión, no completaba la lista de crímenes de guerra que el Estatuto de Roma de 1998 no tuvo en cuenta y que como ya mencionó precedentemente, están en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I.

⁵⁹ El análisis se inscribe en el marco del apoyo que el CICR ofrece a los Estados en el ámbito de la aplicación nacional de los tratados de derecho internacional humanitario. Es parte del cometido asignado por los Estados al CICR, como se estipula en el art. 5.2 (C) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Dicho cometido se puntualizó en la res. 1 de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja la cual suscribió tanto la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, aprobada el 1 de septiembre de 1993, como las recomendaciones formuladas por el Grupo Intergubernamental de Expertos que se reunió del 23 al 27 de enero de 1995 en Ginebra, Suiza.

Por tal motivo, el CICR solicitó a la senadora la posibilidad de que se incorporase algunas enmiendas al proyecto de su autoría, solicitándole que en beneficio a la coherencia y armonía de la legislación nacional sobre la materia, se revisara a la luz del Derecho Internacional los términos en que el proyecto receptaba la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad de los crímenes, la responsabilidad de los superiores y además que se abriera la posibilidad de completar la nómina de los crímenes de guerra⁶⁰.

En este último punto se solicitaba que, al menos, se incorporasen al proyecto las infracciones graves que figuran en los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I y que, por diversas cuestiones de índole político, no fueron receptados en el Estatuto de Roma de 1998, pero que aún así debían legislarse en el ordenamiento jurídico a nivel nacional.

La exposición de motivos del proyecto en cuestión, anunciaba en uno de sus párrafos que solo se limitaría a implementar el Estatuto de Roma de 1998, pero sin embargo, como consecuencia de sugerencias anteriores del CICR entre otros, se había solicitado que se legisle sobre las obligaciones dimanantes de la totalidad de los tratados de Derecho Internacional Humanitario.

En virtud de ello el proyecto de ley contenía referencias a normas dispersas de algunos tratados, lo que eventualmente servía como un argumento para insistir en seguir acrecentándolo a la luz de los compromisos internacionales contraídos por la República Argentina⁶¹.

Por ello, el CICR insistió en que al menos se tipificasen las siguientes conductas que contienen los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I:

— la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles⁶².

⁶⁰ En el texto final de la Ley 26.200, en su art. 4° se consagra el principio *aut dedere aut iudicare* en los siguientes términos: Principio *aut dedere aut iudicare*: “Cuando se encuentre en territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción una persona sospechada de haber cometido un crimen definido en la presente ley y no se procediera a su extradición o entrega a la Corte Penal Internacional, la República Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho delito”. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra fue receptada en su art. 11 del siguiente modo: “La acción y la pena de los delitos previstos en los arts. 8°, 9° y 10 de la presente ley y aquellos que en el futuro sean de competencia de la Corte Penal Internacional, son imprescriptibles”.

⁶¹ El proyecto contenía una norma que permitía abarcar los alcances del Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño de 1989 sobre participación de los niños en los conflictos armados. También hacía referencia a una disposición contenida en el art. 14 del Protocolo Adicional II aplicable a conflictos armados sin carácter internacional, referida a «el hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra» en tal tipo de conflicto.

⁶² Vgr. la figura de la demora injustificada de la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles está contemplada como infracción grave o crimen de guerra en el art. 85 párr. 4°, inc. b) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.

— el hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas⁶³.

— los ataques contra instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a los bienes de carácter civil que sean excesivos en el sentido del art. 57, párr. 2, a) III del Protocolo adicional I, es decir que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista⁶⁴.

Además el CICR solicitó que se incorporase una prohibición genérica de emplear armas que causan daños innecesarios o males superfluos que están prohibidos en tratados internacionales ratificados por la República Argentina⁶⁵.

Como resultado final, puede apreciarse que en la Ley 26.200 varias de las sugerencias del CICR fueron incorporadas al texto definitivo⁶⁶.

La República Argentina también realizó una reforma integral del sistema de justicia militar aprobándose la ley 26.394, publicada en el Boletín Oficial del 29 de agosto de 2008.

Este proceso de reforma fue iniciado por el Ministerio de Defensa en 2006 y el CICR fue invitado a participar como observador. Dicha ley contiene, entre otras normas, varias relativas a los procedimientos penales militares e instrucciones para la población civil en tiempo de guerra y otros conflictos armados.

Puede considerarse que gran parte del trabajo ya ha sido cumplido por la República Argentina en materia de legislación que enjuiciará a quienes violan el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, se debería completar su ordenamiento jurídico nacional con la adopción de otras normas penales que permitan perseguir penalmente a quienes violan cualquiera de los tratados de Derecho Internacional Humanitario o con contenidos de este de los que la Re-

⁶³ Esta figura está contemplada como infracción grave o crimen de guerra en el art. 85, párr. 3º, inc. d) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949).

⁶⁴ Esta figura está contemplada como infracción grave o crimen de guerra en el art. 85, párr. 3º, inc. c) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

⁶⁵ Como mínimo el CICR pretendía que se tuvieran en cuenta —la Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus Protocolos I, II, II enmendado en 1996, III y IV (ratificados por Argentina)—; la Convención sobre la Prohibición el Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Tratado de Ottawa de 1997, ratificado por Argentina).

⁶⁶ Art. 10 de la Ley 26.200. “En los casos previstos en el art. 8º del Estatuto de Roma y en el art. 85, párr. 3º, incs. c) y d) y párr. 4º, inc. b) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua. Cuando el Estatuto de Roma se refiere a “reclutar o alistar niños menores de 15 años”, la República Argentina entenderá que se trata de menores de 18 años. Cuando el Estatuto de Roma se refiere a “hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra”, previsto como tipo de violación grave de la ley y uso aplicable en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, la República Argentina lo hará extensivo a conflictos armados de cualquier naturaleza”.

pública Argentina es Estado parte, más allá de lo dispuesto por la Ley 26.200 mencionada precedentemente.

Además, tomando en cuenta que en mayo de 2010 se reunió en Kampala la Primer Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 1998 y en su seno se adoptaron una serie de enmiendas al Estatuto, entre otras, al art. 8° sobre crímenes de guerra, debe alentarse al Estado para aceptar esas enmiendas, toda vez que las conductas descriptas en ella ya son conductas reprochables en otros tratados internacionales de los que la República Argentina es Estado parte e incorporarla a su legislación nacional⁶⁷.

Sin duda, una legislación adecuada y completa de los tratados de Derecho Internacional Humanitario aseguraría que en la República Argentina se pueda llevar ante sus propios tribunales a las personas que cometan o dan ordenes de cometer cualquier conductas violatoria del Derecho Internacional Humanitario

Los Estados son los verdaderos garantes del Derecho Internacional Humanitario, por ende también es su misión además de respetarlo y hacerlo respetar que aseguren que el brazo de la Justicia evite la impunidad por crímenes que toda la comunidad internacional considera inhumanos e inaceptables.

⁶⁷ Enmienda al art. 8°, ER: “Añádase al apart. e) del párr. 2° del art. 8° lo siguiente: xiii) emplear veneno o armas envenenadas; xiv) Emplear gases asfocantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones”.

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE REFUGIADOS: ALCANCES Y DESAFÍOS EN LA ACTUALIDAD¹

Por EUGENIA C. CONTARINI y MARTÍN LETTIERI

INTRODUCCIÓN

El desplazamiento² caracteriza la historia de la humanidad. En todas las épocas y en todos los rincones del mundo, millones de personas se han visto obligadas a abandonar sus hogares debido a una multiplicidad de razones tales como los conflictos armados, las persecuciones políticas, étnicas y religiosas, o los desastres naturales. Sin embargo, no ha sido sino hasta principios del siglo XX que se reconoció —desde el Derecho Internacional— la necesidad de elaborar una respuesta jurídica de protección para algunas de las víctimas del desplazamiento humano.

Este artículo procura analizar las principales características y el contexto histórico en el cual se ha generado el marco legal de protección diseñado para personas que, por distintos motivos, se ven obligadas a cruzar fronteras internacionales.

En particular, pretende analizar los alcances de la categoría de refugiado del Derecho Internacional actualmente en vigencia, describir su progresiva ampliación y, finalmente, presentar una serie de dinámicas actuales del desplazamiento humano no abarcadas en las categorías vigentes y que, nos permitimos adelantar, plantean importantes desafíos a la comunidad internacional.

Con este fin, en la siguiente sección analizaremos el contexto político y el desarrollo histórico en el cual el marco legal de protección de refugiados se origina en el ámbito internacional, así como las principales características de la definición universal de refugiado.

¹ Las opiniones expresadas en este artículo son de los autores y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o las de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

² Utilizamos la noción de desplazamiento en este sentido: “Desplazar: mover o sacar a alguien o algo del lugar en que está”. Ver Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en www.rae.es.

En la tercera sección, describiremos sintéticamente las sucesivas ampliaciones —aunque de muy diversa naturaleza— que la categoría de refugiado atravesó desde su formulación original y hasta la actualidad.

A continuación, presentaremos una serie de fenómenos que a nuestro juicio constituyen manifestaciones actuales de desplazamiento humano y que no han sido contempladas —o en el mejor de los casos sólo de manera inadecuada e ineficiente— en las definiciones de refugiado, original o ampliada.

En la quinta sección, destacaremos algunos de los principales desafíos que estas dinámicas actuales de desplazamiento humano generan al marco legal internacional, y concluiremos con una serie de consideraciones finales sobre las cuestiones planteadas a lo largo del artículo.

Quisiéramos destacar que uno de los objetivos principales de este trabajo es colaborar con la enseñanza jurídica de la temática del desplazamiento humano en el ámbito universitario local, toda vez que la carencia de textos jurídicos recientes y en idioma español resulta llamativa. Esperamos, entonces, que el marco general que este artículo presenta pueda servir de aporte y punto de partida para investigaciones más específicas sobre las temáticas que aborda.

I. DEFINICIÓN UNIVERSAL DEL CONCEPTO DE REFUGIADO: ORIGEN, CONTEXTO Y ALCANCES

El impacto que las dos Guerras Mundiales han tenido en la conformación del actual ordenamiento internacional resulta indiscutible. Cuando nos referimos a la protección internacional de los derechos humanos y al reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, es recurrente ubicarnos temporalmente entre 1945 con el establecimiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y 1948 con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se ha desarrollado, desde ese momento, a través de una multiplicidad y variedad de instrumentos internacionales y mecanismos de protección tanto universales como regionales³.

Sin embargo, aunque el impacto de ambas guerras es igualmente importante en el desarrollo de la protección internacional de refugiados⁴, no resulta igual de sencillo situar históricamente el nacimiento del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) teniendo en cuenta que, entre 1920 y 1930, se suce-

³ Para referencia ver, entre otros: PINTO, M., *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Editores del Puerto, 1997, caps. I, VII y VIII; VALENCIA VILLA, A., “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en MARTÍN, C., RODRÍGUEZ PINZÓN D., GUEVARA, J. A., (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ciudad de México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2004; GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T., *Los derechos humanos y las garantías*, Buenos Aires, Ed. Zavalía Editor, 1988, cap. 2; ACNUR, “Los Derechos Humanos y la Protección de los Refugiados”, Módulo Autoformativo 5, Vol. 1, parte A, 2006. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6447.pdf>.

⁴ ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza, 1987, ps. 392 a 448.

den distintas iniciativas normativas que marcaron el camino que la comunidad internacional iniciaba, y que tendría su culminación con la adopción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en 1951⁵.

a) Primera etapa: la labor de la Sociedad de las Naciones

La mayor parte de los autores coinciden en reconocer que la preocupación de la comunidad internacional por elaborar un marco legal específico para la protección de los refugiados tiene su inicio en los acuerdos y arreglos concluidos bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones en 1920⁶. En efecto, la Sociedad de las Naciones —primera organización mundial de cooperación interestatal y antecesora de la ONU— fue quien se embarcó en una serie de iniciativas para ayudar a las personas que se desplazaban en Europa.

La fórmula legal generalmente adoptada en ese período se centró en identificar a ciertos grupos o categorías de personas necesitadas de protección internacional por su vinculación con determinados sucesos, o por su origen étnico y/o nacional.

En términos generales, fue el resultado de una práctica selectiva basada en consideraciones de índole política y respuestas *ad hoc* frente a preocupaciones específicas que los Estados europeos tenían por el aumento significativo de personas que circulaban por sus fronteras. Por ello, en este período inicial, el marco legal de protección de refugiados fue concebido como un tratamiento humanitario basado en la idea de la “excepcionalidad”⁷. La protección de unas pocas personas refugiadas se comprendía como una excepción frente a los controles y políticas migratorias generales aplicados por los Estados al resto de la población⁸.

Entre 1920 y 1935, la respuesta consistió en la adopción de definiciones fundamentalmente de carácter “legal” dirigidas a identificar a categorías de personas privadas de la protección “formal” de sus propios Estados de nacionalidad u origen. Esto significó que dicha respuesta internacional procurara corregir una “anomalía jurídica”. La existencia de un refugiado significaba, para la comunidad internacional, una falla del sistema legal que debía ser reparada. Así, en tanto la denegación de protección estatal “formal” se expresaba a través de medidas como la desnacionalización y la expulsión de nacionales, la respuesta buscaba suplir cuestiones prácticas como la emisión de documenta-

⁵ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Texto completo disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0005>.

⁶ HATHAWAY, J. C., *The law of refugee status*, Canada, Butterworths, 1990, cap. 1; GOODWIN-GILL, G. S. and MCADAM, J., *The refugee in international law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, ps. 16 y ss.

⁷ Este rasgo de excepcionalidad continúa caracterizando en gran medida al sistema de protección internacional de refugiados vigente en la actualidad.

⁸ HATHAWAY, J. C., *The law of refugee...*, cit., p. 2.

ción de viaje que permitiera a los refugiados trasladarse a otros países. Como hemos mencionado, primó el criterio de origen étnico o nacional en la identificación de los grupos o categorías de personas necesitadas de este tipo de remedio de protección. Ejemplos de esta perspectiva pueden encontrarse en las definiciones adoptadas para la protección de las personas que huyeron de Rusia después de 1917, y en las medidas tomadas para enfrentar el éxodo de personas de origen armenio que escaparon de Turquía a inicios de la década de 1920⁹.

El establecimiento en 1922, en el marco de la Sociedad de las Naciones, del primer Alto Comisionado para el caso de los refugiados rusos, también da cuenta de una respuesta coyuntural ligada a circunstancias específicas relacionadas con la I Guerra Mundial¹⁰. Las consecuentes ampliaciones de su mandato —en 1924 para los armenios y en 1926 para los asirios y caldeo/asirios—, demuestran aún con mayor énfasis que los elementos relevantes para la elaboración de la respuesta legal e institucional fueron: el origen nacional del grupo protegido, la ausencia de protección del país de origen y la ausencia de otra nacionalidad cuyo Estado pudiera asumir esa protección¹¹.

Como estas definiciones vinculaban a las personas con su origen nacional, con el territorio del que habían salido, y/o con la falta de la protección diplomática de su país de origen, la interpretación de su contenido resultaba generalmente sencilla y no suscitaba grandes dificultades determinar la calidad de refugiados de las personas a quienes dichas definiciones buscaban proteger¹².

b) Segunda etapa: desarrollos previos a la adopción de una definición universal

Entre 1935 y 1939, los acuerdos adoptados para proteger a las personas que huían del régimen Nacional Socialista en Alemania demostraron incluir paulatinamente una perspectiva más social centrada no sólo en la falta de protección “formal” legal sino también en las necesidades de asistencia de todos aquellos que resultaban privados —por razones *de iure* o *de facto*— de protección estatal.

Sin abandonar aún la idea de falta de protección “formal”, estos acuerdos se dirigieron especialmente a atender situaciones y grupos de personas direc-

⁹ *Ibid*, p. 2.

¹⁰ A pedido del Comité Internacional de la Cruz Roja, la Sociedad de Naciones designó al noruego Fridtjof Nansen como “alto comisionado de la Sociedad [de Naciones] en relación con los problemas de los refugiados rusos en Europa”. Ver ACNUR, “La situación de los refugiados en el mundo. 50 años de acción humanitaria”, 2000, cap. 1.1.

¹¹ VALDEZ ARROYO, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Lima, Fondo Editorial, 2004, p. 25.

¹² ACNUR, “Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado”, 1992, párr. 3. Disponible en: http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4359&id_sec=23.

tamente afectados por las consecuencias sociales de un fenómeno político-institucional¹³. Mientras que en esta época se continuó con la elaboración de estatutos particulares y mecanismos institucionales de protección similares a los empleados con los refugiados rusos y armenios en la etapa anterior, en el caso de los refugiados provenientes de Alemania, la responsabilidad de protección fue entregada, en un primer momento, a un Alto Comisionado independiente a la Sociedad de las Naciones y, en 1938 —a instancias de Estados Unidos— a un Comité Intergubernamental para los Refugiados también establecido en forma independiente con el fin exclusivo de atender a los alemanes y austriacos que huían de Alemania por razones de persecución racial¹⁴.

Con el estallido de la II Guerra Mundial, el flujo de personas que se desplazaron en el contexto europeo se incrementó notoriamente. Entre 1939 y 1946, la respuesta de la comunidad internacional a la problemática comienza a adoptar una perspectiva más individualista que se plasmaría directamente en el marco universal de protección elaborado en la década del 1950 y, muy especialmente, en la definición universal del concepto de refugiado.

En lugar de los acuerdos *ad hoc* adoptados coyunturalmente frente a determinadas situaciones de desplazamiento, la respuesta comenzó a orientarse hacia la búsqueda de una definición general de quienes “debían ser considerados refugiados”¹⁵. En 1944, las potencias aliadas establecen la Administración de Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción (UNRRA) dirigida a brindar ayuda humanitaria de emergencia a las personas desplazadas durante la II Guerra. La protección legal comienza a diseñarse como una respuesta frente a personas obligadas a abandonar sus países de origen o nacionalidad por circunstancias que vuelven intolerable su permanencia allí. La concesión del estatuto de refugiado empieza a perfilarse, entonces, como un mecanismo para proteger —en forma individual— a aquellos que huían para salvaguardar distintos aspectos de su vida o libertad personal.

Así, especialmente los acuerdos adoptados con posterioridad a la II Guerra Mundial modificaron radicalmente los criterios de determinación centrados en la pertenencia a determinados grupos o categorías nacionales por un complejo concepto de “refugiado” que requería la evaluación de los méritos individuales de cada petición de protección.

En 1947, dos años después de la creación de la ONU, se funda la primera agencia encargada de coordinar de forma integral todos los aspectos de la protección de las personas refugiadas, la Organización Internacional para los

¹³ HATHAWAY, J. C., *The law of refugee...*, cit., nota 20.

¹⁴ VALDEZ ARROYO, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado...*, cit., p. 26.

¹⁵ ACNUR, “Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado”, 1992, párr. 5. Disponible en: http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4359&id_sec=23.

Refugiados (OIR)¹⁶. La definición de refugiado utilizada por la OIR, institución que no pudo resistir la tensa situación política en Europa y las acusaciones de imparcialidad que redundaron en su falta de financiamiento y posterior desaparición en 1950¹⁷, es clara demostración de esta tendencia.

En esa definición, sin abandonar la idea de inclusión de grupos específicos (víctimas de regímenes nazis/fascistas, republicanos y otras víctimas del régimen falangista de España, y personas reconocidas como refugiadas antes del comienzo de la II Guerra Mundial) se avanza abiertamente hacia una conceptualización general de la noción de refugiado que omite la variable de nacionalidad y se centra en las cuestiones ideológicas o políticas de las víctimas de determinados regímenes. Asimismo, por primera vez, aparece una enumeración de los denominados “motivos” que justifican la huida y búsqueda de protección internacional (raza, religión, nacionalidad u opinión política)¹⁸.

c) Tercera etapa: la labor de la ONU y la adopción de una definición universal del concepto de refugiado

El debate sobre el marco legal e institucional necesario para la protección de los refugiados iniciado a partir de la creación de la ONU fluctuó entre diferentes visiones e intereses. Los gobiernos del Este manifestaban sus preocupaciones por el funcionamiento de la OIR y la noción misma de refugiado que, según ellos, era utilizada por disidentes políticos de determinados países como una forma de propaganda. Los gobiernos del Oeste, por su parte, insistían en la necesidad de establecer una agencia especializada que atendiera en un futuro cercano la situación de desplazamiento que, en Europa, había generado la II Guerra Mundial.

Finalmente, en diciembre de 1950, mediante la res. 428 (V), la Asamblea General de la ONU adopta el Estatuto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) con el fin de reemplazar a la OIR¹⁹. Para evitar las susceptibilidades políticas que podía generar la creación de un nuevo mecanismo institucional de protección de refugiados, se incluyó —en el propio Estatuto del ACNUR— una definición del concepto de refugiado que la insti-

¹⁶ ACNUR, “Introducción a la protección internacional”, Módulo autoformativo 1, 2005, p. 6. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3665.pdf>.

¹⁷ *Ibid.*, p. 7; y ACNUR, “La situación de los refugiados en el mundo 2000: 50 años de acción humanitaria”, ACNUR, 2000, cap. 1. Disponible en: <http://www.acnur.org/publicaciones/SRM/index.htm>.

¹⁸ VALDEZ ARROYO, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado...*, cit., p. 28.

¹⁹ El ACNUR se establece como un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y con un mandato limitado originariamente a tres años destinado a la ayuda y repatriación de las personas europeas desplazadas durante la II Guerra Mundial. Ver Estatuto del ACNUR, 1950. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0004>.

tución utilizaría para ejercer sus funciones²⁰. Allí se incorporan —además de los motivos incluidos previamente en la definición de la OIR— dos elementos nuevos y hasta ahora desconocidos en la elaboración de los marcos jurídicos de protección de refugiados: “el temor fundado” y “la persecución”²¹.

La adopción en 1951 del principal instrumento universal convencional en materia de refugiados —la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados— fue producto de intensas labores de redacción y negociación realizadas entre 1948 y 1951 por una variedad de órganos de la ONU, comités *ad hoc* y conferencias de plenipotenciarios en un contexto donde —al igual que con el Estatuto del ACNUR— la diversidad de intereses políticos impactó claramente en la formulación de su contenido. Mientras que los países del bloque socialista demostraban preocupación por la posibilidad de que la definición de refugiado significara una visibilización extrema de la desertión de opositores políticos de sus nacionalidades, los países occidentales en cambio tenían un claro interés en que ese tipo de desplazamiento fuera visibilizado internacionalmente.

En ese contexto, se abandonó el acercamiento tradicional y exclusivamente legalista que se había desarrollado sobre la noción de refugiado centrado en la “inexistencia de protección estatal” para concentrarse especialmente en la evaluación de las circunstancias personales que forzaban a las personas a abandonar sus países de origen o nacionalidad en salvaguarda de su vida o libertad.

Así, el art. 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados estableció que un refugiado es una persona que: “... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección del país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

Esta disposición identifica explícitamente cada uno de los elementos que deben ser satisfechos para que una persona “califique” como refugiado: 1) tener un temor fundado de persecución, 2) por las razones o motivos allí enumerados (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u

²⁰ Esta definición constituye el antecedente más directo y relevante que los redactores de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados tomarían —casi textualmente— meses después.

²¹ El art. 6.a.ii) establece que el alto comisionado tiene competencia respecto de: “Cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país o que por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él”.

opiniones políticas), 3) encontrarse fuera del país de nacionalidad o residencia habitual, y 4) no poder o no querer — por temor a la persecución—, acogerse a la protección de ese país o regresar a él.

Los Estados negociadores encontraron que la fórmula aparentemente neutral del “temor fundado de persecución” podía satisfacer los intereses divergentes de todas las partes, de manera tal que así se estableció y continúa siendo un elemento determinante de la noción de refugiado hasta la actualidad.

Sin embargo, y como reflejo de las preocupaciones políticas del momento, la propia Convención de 1951 limitó el alcance de la definición elaborada restringiéndola a personas que habían huido por “acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951” y, en cuanto a la extensión geográfica, se les dio la opción a los Estados de escoger aplicarla sólo a refugiados europeos o provenientes de “otro lugar”. Ambas limitaciones perdieron virtualidad con la adopción en 1967 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

II. LA AMPLIACIÓN DE LA DEFINICIÓN UNIVERSAL DEL CONCEPTO DE REFUGIADO

No fue sino más de quince años después, con la adopción del Protocolo Adicional de 1967, que la definición diseñada con pretensiones de universalidad adquirió dicho carácter expandiendo la aplicación de la Convención de 1951 a refugiados de todas partes del mundo, e independientemente de una fecha histórica determinada²².

Durante el proceso de descolonización de la década de 1960, las limitaciones geográficas y temporales del ámbito de aplicación que presentaba la Convención de 1951 quedaron rápidamente de manifiesto y, con frecuencia, la comunidad internacional se vio obligada a recurrir a resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas para permitir que el ACNUR desarrollara su labor en situaciones que quedaban fuera de su mandato originario y de las limitaciones de la definición convencional²³.

Con el fin de afrontar esta situación, evitar que miles de personas refugiadas quedaran fuera del marco legal de protección, y facilitar la adhesión a la Convención de 1951 de los países no europeos, la comunidad internacional negoció y adoptó el Protocolo de 1967 que acaba con las limitaciones originarias de la definición de refugiado. Sin embargo, este instrumento complementario no modificó ni alteró la exigencia de un “temor de persecución” ni las causales o motivos que justifican el cruce de fronteras internacionales y la búsqueda de protección internacional.

²² Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967), art. 1.2 y 1.3. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0003>.

²³ VALDEZ ARROYO, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado...*, cit., p. 130.

Cabe mencionar que, no obstante la ampliación de la definición originaria operada a través del Protocolo de 1967, se identificaron otras limitaciones en la respuesta internacional frente al problema del desplazamiento humano, las cuales fueron afrontadas principalmente a través de dos tipos de abordajes: 1) la expansión de la definición universal a través de instrumentos de carácter regional y, 2) la paulatina ampliación de las tareas encargadas al ACNUR.

En cuanto a la adopción de instrumentos regionales de protección, es posible mencionar como los aportes más relevantes: 1) en 1969, la ampliación de la definición convencional en el ámbito africano a través de la de la “Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los problemas específicos de los refugiados en África” (actualmente Unión Africana); 2) en 1984, la ampliación de la definición convencional con la adopción de la “Declaración de Cartagena sobre los Refugiados” en el ámbito de América Latina; y 3) en 1966, la adopción de los “Principios de Bangkok sobre el Estatuto y el Tratamiento de los Refugiados” por varios países de Asia, Medio Oriente y África y actualizados en 2001²⁴. También podríamos agregar la “Declaración sobre la Protección de Refugiados y Desplazados Internos en el Mundo Árabe” firmada en El Cairo en 1992 que, si bien no llega a avanzar en la ampliación de una definición, hace un llamamiento a los Estados firmantes a utilizar otros instrumentos de Derechos Humanos y de Derecho Humanitario con el fin de desarrollar definiciones nacionales más amplias y que brinden respuestas a situaciones no cubiertas por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967²⁵.

Estos instrumentos, si bien limitados en sus respectivos ámbitos de aplicación regionales y —únicamente en el caso de la Unión Africana de carácter convencional—, incorporaron definiciones más abarcativas que la universalmente establecida en la Convención de 1951.

De esta manera, se da cuenta del reconocimiento de situaciones de desplazamiento humano más allá de las fronteras europeas, eliminando la exigencia de un “temor de persecución” de carácter individual, y reconociendo que tanto grupos como individuos pueden verse forzados a abandonar sus lugares de origen frente a Estados que abusan de los derechos humanos de su población o, simplemente, por circunstancias generalizadas frente a las cuáles los Estados fallan en asegurar mínimos estándares de protección y seguridad. Las definiciones regionales identifican razones o motivos que justifican la salida de países en circunstancias en las cuáles los Estados —por acción u omisión—

²⁴ Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los problemas específicos de los refugiados en África (1969), Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984), Principios de Bangkok sobre el Estatuto y el Tratamiento de los Refugiados (1966). Disponibles en: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=16>. Para ampliar ver, entre otros: Varios Autores, “Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados”, ACNUR, 2005.

²⁵ BUIS, Emiliano J., “Los refugiados por causa de conflictos armados y su protección humanitaria: el problema de las definiciones en el derecho internacional”, en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, nro. 3, Buenos Aires, 2003, nota 26.

son incapaces o renuentes a brindar la protección debida a su población. Ejemplos de esas razones o motivos incluidos en las definiciones regionales son: las violaciones masivas de derechos humanos, los conflictos armados, la agresión, ocupación o dominación extranjera, y otras circunstancias que perturban gravemente el orden público²⁶.

El segundo abordaje desplegado para sortear las dificultades presentadas por las limitaciones de la definición universal establecida en la Convención de 1951, fue la paulatina extensión de las actividades encargadas al ACNUR acompañada por la sistemática interpretación que este organismo ha venido realizando y promoviendo sobre el contenido mismo de la definición a través de distintas Directrices y Recomendaciones²⁷. Cabe también agregar, la utilización de otras herramientas de *soft law*, entre ellas las conclusiones anuales sobre protección internacional de refugiados adoptadas por el Comité Ejecutivo del ACNUR²⁸ y, por supuesto, las normas internas y prácticas estatales en la aplicación nacional de las definiciones de refugiados.

En una primera etapa de esta modalidad de ampliación de la definición, la Asamblea General de Naciones Unidas, el ECOSOC y el propio Comité Ejecutivo del ACNUR fueron adoptando una serie de resoluciones y autorizaciones dirigidas a permitir que el ACNUR interviniera en situaciones que quedaban fuera de su mandato original. Así, por ejemplo, la Asamblea General en 1957 solicitó al ACNUR la utilización de sus “buenos oficios” para cooperar con los refugiados chinos en Hong Kong y en 1958 para continuar su labor a favor de los refugiados argelinos en Marruecos y Túnez²⁹. La referencia a los “buenos oficios” ha sido frecuentemente utilizada desde entonces.

A partir de la década de 1970, la Asamblea General y el ECOSOC comenzaron a hacer referencia sistemática a la necesidad de que el ACNUR actúe no sólo a favor de las personas refugiadas sino también de las “personas desplazadas internamente”³⁰.

²⁶ Si bien estas tres definiciones regionales poseen especificidades propias en cuanto a la enumeración de elementos y formulación de motivos o casuales, es posible encontrar ciertos parámetros comunes en todas ellas que dan cuenta del abandono de la visión tradicional en la cual solo el Estado de nacionalidad u origen podía constituirse en actor activo de la persecución. Así se reconocen circunstancias que generan las mismas consecuencias que una persecución directa estatal pero que son causadas por la incapacidad o renuencia del Estado de brindar protección efectiva a su población.

²⁷ Para conocer las directrices y políticas del ACNUR sobre Protección Internacional, ver sección “Criterios de inclusión” disponible en: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1109>.

²⁸ Para consultar las conclusiones del Comité Ejecutivo, ver sección “Documentos del Comité Ejecutivo (Excom)” disponible en: http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4719.

²⁹ VALDEZ ARROYO, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado...*, cit., p. 129.

³⁰ Aunque la cuestión del desplazamiento interno no es objeto de estudio en este trabajo toda vez que nuestro objetivo es limitarnos a analizar supuestos en que las personas cruzan fronteras internacionales, es indudable que los debates actuales sobre el desplazamiento interno

Así, en 1972, el ECOSOC promovió que la labor del ACNUR a favor de la repatriación voluntaria de los refugiados a Sudán se extendiera también con relación a las necesidades de rehabilitación y asistencia de las personas desplazadas dentro de ese país. En 1974 y 1975, la Asamblea General reconoció la labor del ACNUR con relación a los refugiados y también por otras “labores humanitarias” asumidas por el organismo. En 1976, el ECOSOC reconoció la importancia de las actividades desarrolladas por el ACNUR a favor de los refugiados, y también de las “víctimas de desastres provocados por el accionar humano”.

La experiencia de la crisis de refugiados de Laos y Vietnam consolidó en el lenguaje de la Asamblea General, del ECOSOC e incluso del Comité Ejecutivo del ACNUR, la utilización de conceptos más allá de las definiciones convencionales y estatutarias de refugiados para facilitar la asistencia de millones de personas que se habían desplazado, cruzando o no fronteras internacionales y que requerían urgente asistencia, cuidado y atención³¹.

Como lo señalan claramente Goodwin-Gill y Mc Adam, las competencias y responsabilidades del ACNUR se han visto notoriamente incrementadas desde el establecimiento del organismo. Las categorías de personas bajo su protección y asistencia han variado desde las originariamente establecidas y definidas en su Estatuto, pasando por aquellas asistidas bajo la fórmula de los “buenos oficios” definidos en distintas resoluciones de la Asamblea General, el ECOSOC y el Comité Ejecutivo, para llegar en la actualidad a hablar genéricamente de “refugiados, desplazados y otras personas de interés del ACNUR”³².

también integran la agenda internacional y son centrales en la discusión sobre la necesidad de establecer respuestas de protección más eficaces. Por ello, consideramos necesario mencionar brevemente de qué manera también el desplazamiento interno se conecta con la ampliación del rol del ACNUR y el involucramiento de la ONU en temas de desplazamiento humano.

³¹ GOODWIN-GILL, G. S. and J. MCADAM, *The refugee in international...*, cit., p. 26 y ss.

³² En 1993, la Asamblea General, estableció las condiciones mínimas para que el ACNUR pueda involucrarse en la protección de personas desplazadas internamente. Ellas son: 1) debe existir una solicitud específica del Secretario General u otro órgano de la organización, 2) debe existir consentimiento del Estado involucrado, y 3) deben considerarse la existencia y experiencia de otras organizaciones intervinientes en la protección y asistencia de personas desplazadas. En 1998, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU adoptó los “Principios Rectores de los Desplazamientos Internos” con el fin de establecer los derechos y garantías de las personas desplazadas y la asistencia que debe ser brindada durante el desplazamiento, el reasentamiento y la reintegración. Los principios rectores incluyen una definición de persona desplazada internamente: se entiende por desplazados internos a “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”. Ver: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (1998) párr. 2º. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0022>.

Recientemente, el contenido de estos principios fue, en gran medida, incorporado y desarrollado en el primer instrumento internacional (regional) de carácter vinculante: la “Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en

III. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL FRENTE A SITUACIONES ACTUALES DE DESPLAZAMIENTO HUMANO

En las secciones anteriores hemos revisado el origen, los antecedentes y el contexto en el cual la comunidad internacional adoptó una definición legal del concepto de refugiado para luego describir los desarrollos posteriores que permitieron, al día de hoy, ampliar paulatinamente los alcances de este concepto.

A continuación, describiremos una serie de situaciones de desplazamiento humano que plantean importantes desafíos al marco jurídico descrito y a la comunidad internacional en su conjunto en cuanto a su rol en la búsqueda de una respuesta humanitaria coherente y eficaz.

Aunque se señala que algunos de estos fenómenos han adquirido mayor visibilidad en la agenda internacional pero que —en rigor de verdad— tienen una larga existencia, al menos parecería haber consenso sobre el hecho de que existen en la actualidad una multiplicidad de situaciones de desplazamiento humano centrales en la agenda internacional que cuestionan la ya descrita respuesta jurídica vigente tal como fuera establecida en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial.

a) *Conflictos armados y desplazamiento*

La cuestión del desplazamiento de poblaciones, como consecuencia de los conflictos armados ha sido, probablemente, la más abordada desde que se estableciera la definición universal en 1951.

Las guerras de descolonización africana y del sudeste asiático, y los conflictos centroamericanos de la década de 1980, generaron respuestas regionales específicas para este tipo de situaciones tal como describiremos en este mismo apartado.

El debate se reavivó durante las décadas de 1990 y de 2000 en relación con los conflictos armados en la Ex Yugoslavia, Kosovo, Afganistán e Irak, entre otros, y reafirma su vigencia frente a cada nueva situación, tal como lo demuestra la situación actual en Libia.

Ni el Derecho Internacional de Refugiados de carácter universal, ni el Derecho Internacional Humanitario establecen, con claridad, obligaciones para los terceros Estados ajenos a un conflicto armado de carácter internacional o no internacional, respecto a la población que se desplaza forzosamente a causa del conflicto. Algunas de estas personas podrían ser incluidas en la definición clásica

África” (Convención de Kampala del 2009) Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7698>.

Para ampliar sobre este tema ver, entre otros, VIDAL LOPEZ, Roberto C., *Derecho global y desplazamiento interno: creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado por la violencia en el derecho contemporáneo*, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 64.

sica de refugiado en caso de que pudiera vincularse el “temor de persecución” con alguno de los cinco motivos o razones establecidos convencionalmente en 1951. Tal sería el caso si se tratara de un conflicto de naturaleza étnica o religiosa y de allí su conexión con el motivo de persecución por raza o religión.

Sin embargo, en la mayoría de las situaciones de conflictos armados, la población civil que se desplaza no ha sufrido “persecución” o amenazas de persecución en forma individual y/o vinculada a algún motivo convencional, sino que su huida obedece al riesgo que —de manera general— producen las hostilidades en su vida, seguridad o goce efectivo de otros derechos fundamentales.

Como mencionáramos en la sección anterior, para poder dar respuesta a esta situación en África se amplió de manera convencional los alcances de la definición universal a fin de brindar protección a aquellas personas que huyen de sus países en razón de conflictos armados, lo cual fue luego emulado por los Estados Latinoamericanos en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984 la cual —sin tener en principio naturaleza vinculante— ha sido incorporada por gran parte de las legislaciones nacionales latinoamericanas e incluso —algunos afirman— tendría naturaleza vinculante como norma consuetudinaria de alcance regional.

De esta manera, aunque África ha solucionado esta cuestión y podríamos decir que, en parte, también lo ha hecho Latinoamérica, la protección frente al desplazamiento humano generado por conflictos armados sigue siendo una preocupación central e irresuelta para el resto del mundo y, en particular, para Europa que por motivos de diversa índole cuyo análisis excede el marco de este trabajo, ha recibido y continúa recibiendo en la actualidad a gran parte de la población desplazada por estas circunstancias³³.

b) Cambio climático y desastres naturales

Tal como lo afirmara el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático “...la migración y el desplazamiento probablemente serán los principales impactos del cambio climático, debido a los cambios en los patrones de clima extremo y eventos climáticos, que podrán ser graduales o repentinos... Los cálculos actuales del número de personas que se verán obligadas a desplazarse por el cambio climático y la degradación del medio ambiente para el año 2050 van de 25 millones a mil millones....”³⁴.

³³ Para ampliar, ver BUIS, E., “Los refugiados por causa de conflictos armados...”, cit.

³⁴ IASC, “Cambio climático, migración y desplazamiento: ¿Quién resultará afectado?”, 2008, p. 1. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7446>.

El Comité Permanente entre Organismos (IASC) es un foro interinstitucional para la coordinación humanitaria y el desarrollo de políticas y de toma de decisiones que involucra a los principales actores humanitarios de las Naciones Unidas y otros actores externos. Se estableció en junio de 1992 en respuesta a la resolución 46/182 de la Asamblea General de la ONU

Estos pronósticos, que a veces por dramáticos podrían parecer infundados, guardan cierto correlato con situaciones presentes ya que en las últimas dos décadas el número de desastres naturales registrados se han duplicado de 200 a más de 400 al año y, por ejemplo, investigaciones recientes afirman que hasta 20 millones de personas se habrían desplazado por desastres naturales inducidos por el clima durante 2008³⁵.

El representante especial del Secretario general de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Desplazados Internos ha identificado, al menos, cinco escenarios relacionados con el cambio climático que podrían causar directa o indirectamente desplazamiento humano:

- Desastres hidrometeorológicos (inundaciones, huracanes, tifones, ciclones, deslizamientos de tierra, etc.);
- Zonas designadas por los gobiernos como de alto riesgo y peligrosas para habitarlas;
- Degradación del medio ambiente y una lenta aparición de desastres (por ejemplo reducción de la disponibilidad de agua, desertificación, inundaciones recurrentes, salinización de zonas costeras, etc.);
- Hundimiento de pequeños estados insulares, y
- Desencadenamiento de conflictos armados o situaciones de violencia debido a la escasez de recursos esenciales (agua, alimentos, etc.) como consecuencia del cambio climático³⁶.

En cuanto al tratamiento normativo, aunque es frecuente escuchar los conceptos de “refugiados ambientales” o “refugiados climáticos”, lo cierto es que la categoría como tal no ha sido recogida en el marco jurídico internacional.

Como hemos visto, el término refugiado tiene alcances precisos en su regulación convencional y, aún con la ampliación operada con el transcurso de los años desde su adopción en la década de 1950, no parecería factible una interpretación que de cabida al desplazamiento forzado a causa de fenómenos eminentemente producidos por la naturaleza.

Por otra parte, los instrumentos internacionales vinculantes relativos al Cambio Climático tampoco han incluido disposiciones específicas al respecto³⁷.

sobre el fortalecimiento de la asistencia humanitaria. Para ampliar ver: www.humanitarianinfo.org/iasc.

³⁵ ACNUR, “Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR”, 2010. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6936>.

³⁶ KALIN, W.: “The climate change - displacement nexus”, Brooking Institution, 2008. Traducción propia del documento original en inglés disponible en: http://www.brookings.edu/speeches/2008/0716_climate_change_kalin.aspx, (accedido 24/4/2011).

³⁷ Ni la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, ni su Protocolo de Kyoto incluyen disposiciones específicas relativas a la asistencia o la protección de quienes resulten afectados de forma directa por los efectos del cambio climático. Ambos instrumentos disponibles en: http://unfccc.int/portal_espanol/items/3093.php.

En definitiva, en línea con lo expresado por el ACNUR podemos afirmar que, aunque se ha verificado con claridad que los factores ambientales pueden contribuir a provocar movimientos involuntarios a través de las fronteras, en el marco actual del Derecho Internacional estos factores por sí mismos no pueden considerarse un motivo para conceder la condición de refugiado³⁸.

c) Desplazamiento relativo a violaciones de derechos humanos económicos, sociales o culturales

Dentro del amplio espectro de situaciones que suelen agruparse bajo la categoría de la denominada “migración internacional”³⁹, existen algunas que a nuestro juicio se relacionan —al menos en parte— con la vigencia o, por el contrario, con vulneraciones en materia de derechos humanos económicos, sociales o culturales (DESC) en los países de origen.

En este sentido, es interesante tomar como caso de estudio dos países con alto grado de migración de su población hacia fines de 2010 y analizar esté fenómeno con la información disponible de Naciones Unidas respecto del estado de cumplimiento en materia de DESC.

En el año 2010, Burkina Faso y Haití ocuparon los primeros lugares dentro de sus respectivos continentes respecto de la cantidad de migrantes de sus nacionalidades en el exterior⁴⁰.

En ese mismo año, Burkina Faso fue ubicado en el lugar 161 de un total de 169 Estados conforme al índice de desarrollo humano elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), mientras que Haití ocupó el lugar 145 —obviamente ambos dentro de la categoría de Estados con índice de desarrollo humano bajo—⁴¹.

Ahora bien, para analizar este parámetro de desarrollo desde un enfoque de derechos humanos, resulta interesante utilizar información reciente producida en el marco del examen periódico universal del Consejo de Derechos Hu-

³⁸ ACNUR, Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR, 2009. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6936>.

³⁹ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “Glosario sobre migración”, 2006, p. 43. Disponible en: <http://www.oim.org.co/LinkClick.aspx?fileticket=otpUXt4YgA=&tabid=104&language=en-US>.

Ver también Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, art. 2º. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>.

⁴⁰ OIM, Informe sobre las migraciones en el mundo en 2010, 2011. p. 132 y 159. Disponible en: http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf.

⁴¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “Índice de desarrollo humano 2010”. Disponible en: <http://hdr.undp.org/es/estadisticas/>.

Más allá de los cuestionamientos existentes relativos a las mediciones realizadas, resulta difícil que estos dos países seleccionados no aparezcan dentro del grupo de los veinte más pobres en casi todo índice o medición disponible.

manos de Naciones Unidas o de otras instancias o mecanismos de derechos humanos del ámbito universal:

i) Burkina Faso

— En un informe de 2007, el Programa Mundial de Alimentos hizo referencia a la última Encuesta Demográfica y de Salud, según la cual el 90% de los niños menores de cinco años padecía de anemia.

— El Comité de los Derechos del Niño se manifestó profundamente preocupado por la elevada tasa de mortalidad entre los lactantes y los niños menores de cinco años y por la baja esperanza de vida en Burkina Faso, así como por el hecho de que la supervivencia y el desarrollo de los niños siguieran viéndose amenazados en ese país por enfermedades de la primera infancia, enfermedades infecciosas, diarrea y malnutrición.

— En un informe de 2004, el UNICEF afirmó que en 2003 había en Burkina Faso 260.000 niños huérfanos como consecuencia del VIH/Sida.⁴²

ii) Haití

— De acuerdo con la información producida por la misión de estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH), Haití es el país más pobre en el Hemisferio Oeste, con tres cuartas partes de su población viviendo bajo la línea de pobreza y la mitad de esa población viviendo a su vez en la extrema pobreza.

— Dentro de la población de niñas y niños menores de cinco años, la tasa de mortalidad es la más alta del Caribe (78/1000), al igual que la tasa de mortalidad materna (630/1000 nacimientos viables). La infraestructura sanitaria continúa siendo altamente inadecuada en áreas rurales pero también en las zonas urbanas.

— Respecto del derecho a la alimentación se estima que el 58 % de la población vive en situación de desnutrición⁴³.

Aun cuando los Estados analizados se pueden encontrar genuinamente comprometidos en la implementación de políticas públicas para mejorar las situaciones descriptas, el hecho de que 90% de las niñas y niños menores de 5 años padecen anemia en Burkina Faso y que 3/4 partes de la población total de Haití vive bajo la línea de pobreza constituyen contextos de extrema gravedad en materia de estándares mínimos de derechos económicos y sociales.

⁴² Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Recopilación del grupo de trabajo para el examen periódico universal de Burkina Faso”, 2008, párr. 38 y 40. Disponible en: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session3/BF/A_HRC_WG6_3_BFA_2_S.pdf.

⁴³ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, “Información sobre Haití”, 2011, traducción propia del inglés. Disponible en: <http://www.fao.org/countries/55528/en/hti/> (accedido mayo de 2011).

Sin adentrarnos aquí en un análisis específico sobre la relación entre DESC y migración, creemos posible argumentar a partir del contexto descripto, que al menos parte de las personas que se desplazan de países como los analizados, cruzando fronteras internacionales, lo hacen motivados en gran medida por la vulneración extrema de derechos económicos y sociales, o al menos, que no sería erróneo argumentar que esas vulneraciones ocupan un lugar central en los motivos de la migración internacional⁴⁴.

Sin embargo, el Derecho Internacional no ha establecido aún una respuesta legal que brinde remedios de protección frente a estas situaciones, tal como analizaremos en detalle en la quinta sección de este artículo.

d) Trata de personas internacional

La trata de personas en su faz internacional se encuentra entre los crímenes transnacionales más expandidos a nivel global. Durante los últimos años se han redoblado los esfuerzos para dar visibilidad a este fenómeno a la par de intensificar las acciones para prevenir su comisión, proteger a las víctimas y perseguir penalmente a los responsables.

Este delito, tal como fuera definido en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (referido habitualmente como Protocolo de Palermo) que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴⁵ requiere, —en su versión internacional— que las víctimas crucen al menos una frontera internacional.

A su vez, el mismo Protocolo de Palermo establece que algunas de las víctimas de trata interna o internacional podrían en ciertos supuestos requerir protección internacional como refugiados en los términos de las definiciones que hemos analizado⁴⁶.

Sin embargo, un gran número de víctimas de trata podría no reunir los elementos de las definiciones de refugiado del ámbito internacional ni estar protegidas contra la devolución en el marco de otros instrumentos internacionales de derechos humanos y, no obstante, necesitar de protección internacional frente a los riesgos de vulneración de sus derechos humanos fundamentales en caso de retorno a sus países de origen.

⁴⁴ Para ampliar ver MASSEY, D., “Las teorías de la migración: una síntesis. Conferencia Seminario Migración, ciudades y desigualdad”, Buenos Aires, IDES, 2004.

⁴⁵ Ver textos de Convención y Protocolo en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/pdf/protocoltraffic_sp.pdf

⁴⁶ Para analizar en detalle los vínculos entre el delito de trata y la protección de refugiados ver: ACNUR, “Consideraciones en materia de trata de personas desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Refugiados y el mandato del ACNUR”, 2009. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7012>.

Bajo la lógica del art. 7 del Protocolo de Palermo, el establecimiento de marcos normativos nacionales en materia de trata sensibles a las necesidades de protección internacional —como refugiados o bajo otras modalidades— parece ser un avance en la responsabilidad de protección de las víctimas, independientemente de su vinculación con la definición universal del concepto de refugiado, u otro estatuto similar.

Sin embargo, frente al carácter internacional del crimen de trata, la inexistencia de una obligación vinculante para los Estados receptores que surja del mismo marco jurídico internacional constituye un vacío, que en muchos casos, puede constituir un obstáculo importante para brindar protección efectiva.

IV. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DEBATE SOBRE LA AMPLIACIÓN DEL MARCO JURÍDICO

Hemos presentado en la sección anterior, una serie de situaciones contemporáneas de desplazamiento humano que dan cuenta de un contexto mucho más complejo y dinámico que aquel que dio origen a la adopción de los instrumentos jurídicos vigentes. La trata de personas, las violaciones graves a derechos económicos, sociales o culturales, los conflictos armados, los desastres naturales y los efectos del cambio climático generan hoy en día desplazamientos humanos transfronterizos en grandes números y sin respuestas de protección.

En razón de lo expuesto creemos posible afirmar que, si bien la protección bajo la categoría de refugiado continúa siendo imprescindible en ciertas situaciones, no es suficiente en la actualidad para brindar protección internacional a un número no menor de personas que se desplazan por motivos igualmente lesivos para sus derechos humanos fundamentales.

En efecto, las personas que se desplazan por causa de las situaciones mencionadas precedentemente padecen, en gran medida, las mismas consecuencias en términos de vulneraciones graves a sus derechos que las personas refugiadas, tanto al momento de salir de sus países de origen como en caso tener que regresar. Sin embargo, la comunidad internacional no ha elaborado aún una respuesta precisa y coherente que atienda estas necesidades específicas de protección.

Indudablemente, de la misma forma que es posible identificar las razones histórico-políticas que explicaron las características de las respuestas jurídicas internacionales elaboradas hasta la actualidad en materia de refugiados⁴⁷, existen también una serie de motivos políticos, culturales, económicos e incluso jurídicos que impiden hoy llegar a un consenso internacional sobre la necesidad de elaborar un marco jurídico lo suficientemente amplio como para brindar protección internacional a todas las personas que la requieren y no sólo a

⁴⁷ Ver seccs. 2 y 3 del presente artículo.

aquellas amparadas por el marco jurídico existente y limitado de protección de refugiados.

En este sentido, quisiéramos mencionar una cuestión que a nuestro juicio constituye un obstáculo para una aproximación adecuada a una nueva regulación: la distinción basada en la voluntariedad —o en la falta de ella— de la persona o grupos de personas respecto de su decisión o motivación para desplazarse.

En el ámbito jurídico e institucional internacional, en particular en el seno de la ONU, se ha diferenciado tradicionalmente a las formas del desplazamiento humano entre “forzado” y “voluntario”⁴⁸, incluyendo dentro de la primera categoría de “desplazamiento forzado” a los refugiados (en los términos de la Convención de 1951, Protocolo de 1967 y ampliaciones regionales) y a los desplazados internos; y dentro de la segunda categoría de “desplazamiento voluntario” al resto de las variantes del desplazamiento —interno y transfronterizo—⁴⁹.

Sin embargo, creemos que esta diferenciación entre “forzado” y “voluntario” no explica de manera satisfactoria las diferencias entre los distintos tipos de desplazamientos contemporáneos e incluso genera cierta confusión si lo analizamos desde el estado del Derecho Internacional actual, en particular con el impacto del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) de las últimas décadas.

En efecto, esta distinción resulta difícil de sostener al menos por dos motivos: el primero de ellos basado en la necesidad de integrar un enfoque coherente de la protección internacional de la persona humana basado en sus derechos humanos; el segundo, de índole práctica, referido a las enormes dificultades o a la imposibilidad —al menos en ciertos contextos— de identificar en cada caso individual cuál es la causa principal que dio origen al desplazamiento de una persona.

El primero de los argumentos se relaciona directamente con el recorrido histórico de la definición de refugiado de 1951 y la necesidad de realizar una interpretación evolutiva y coherente transcurridos 60 años desde su adopción. Es indudable que desde la década de 1950 hasta la actualidad, el Derecho Internacional ha cambiado radicalmente a la luz de diversos desarrollos de los cuales el del DIDH resulta, a nuestros fines, de particular importancia.

⁴⁸ Incluso el afirmar la existencia de un desplazamiento de carácter “voluntario” parecería trasladarnos de la acepción utilizada a lo largo de este artículo del término “desplazamiento” (ver nota 2), a una definición según la cual desplazar es “trasladarse, ir de un lugar a otro”. Ver Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Disponible en www.rae.es.

⁴⁹ El hecho de que esta distinción no sea recogida literalmente en un instrumento internacional no impide el hecho de que efectivamente se encuentre en la base del enfoque de la comunidad internacional —e incluso de la academia especializada— al abordar la cuestión del desplazamiento humano, generando más confusión que claridad. Cabe señalar que se suelen utilizar como sinónimos las categorías de “desplazamiento forzado”, “migración forzada” o “migrante forzado”. Ver, entre otros, el debate entre Hataway, Cohen y otros autores al respecto, en *Journal of Refugee Studies*, vol. 20, Issue 3, Oxford University Press, 2007, disponible en: <http://jrs.oxfordjournals.org/content/20/3.toc#ARTICLES>.

En este sentido, como ya hemos mencionado, la definición original del concepto de refugiado adoptó una perspectiva parcial del plexo de derechos afectados que pueden justificar la salida del país de origen o nacionalidad de una persona y la búsqueda de protección internacional como tal. Las razones o motivos enumerados —raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas— dan cuenta de una preferencia por los derechos civiles y políticos (vida, libertad, seguridad, etc.) en detrimento de los DESC (salud, educación, alimentación, vivienda, etc.).

El elemento de “temor fundado” incluido en las postrimerías de la II Guerra Mundial, sumado a la enumeración de estas razones o motivos vinculados a determinados derechos (tradicionalmente considerados prioritarios para los países occidentales) ha sido interpretado como un triunfo de los intereses de ciertos países occidentales en asegurar que la definición del marco legal de protección de refugiados permitiera brindar protección a los opositores políticos del bloque oriental.

Si bien las definiciones regionales ampliaron conceptualmente el contenido de la respuesta brindada internacionalmente frente al desplazamiento reconociendo además al desplazamiento producido por conflictos armados y por otras circunstancias objetivas que pudieran afectar grupalmente a una determinada población, incluso en los ámbitos regionales los países se mostraron renuentes a incluir violaciones a DESC dentro de las causas “justificadas” del desplazamiento humano, manteniendo en su regulación las mismas limitaciones que en el ámbito universal. Es notorio que la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984 haya incluido, explícitamente, un supuesto de “violaciones masivas de derechos humanos” que podría ser interpretado en el sentido de dar cobijo a este tipo de violaciones⁵⁰ pero que hasta el momento ha sido aplicado por los Estados sólo en referencia a supuestos de vulneraciones gravísimas de derechos civiles y políticos.

De algún modo, podría afirmarse que la distinción entre desplazamiento “forzado” y “voluntario” continúa hoy asentada en parte en una distinción entre derechos civiles y políticos por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro. Se consideran “forzados” los desplazamientos cuando tienen como base la violación o amenaza de un derecho humano civil o po-

⁵⁰ En el marco de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CI-REFCA), un coloquio de expertos afirmaba: “El quinto de los cinco elementos incluidos en la Declaración de Cartagena se refiere a las violaciones masivas de los derechos humanos. Se considera cumplido este elemento cuando se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes. En particular, pueden considerarse como violaciones masivas de derechos humanos, la negación de los derechos civiles, políticos, *económicos, sociales y culturales* en una forma grave y sistemática...” CIREFCA, “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina”, 1989, Guatemala, párrafo. 34. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1582>.

lítico, y “voluntario” cuando los derechos humanos en juego son de carácter económico, social o cultural⁵¹.

Esta distinción, difícil de sostener a mitad del siglo XX, parecería hoy confrontar directamente con la interpretación y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en gran parte del mundo, en particular con sus características de indivisibilidad e interdependencia⁵².

El segundo argumento, refiere a la dificultad práctica que existe para los Estados y las instituciones internacionales de diferenciar entre desplazamientos “forzados” o “voluntarios” en casos individuales. Tomemos como referencia los siguientes fragmentos:

“El mundo ha cambiado. La claridad sobre las situaciones de desplazamiento al finalizar la Segunda Guerra Mundial y las certezas en la atribución del estatuto de refugiado durante la guerra Fría se han ido. Los desafíos de hoy son complejos e interconectados. El crecimiento de la población, la urbanización, el cambio climático, la escasez de agua y alimentos y la inseguridad energética están exacerbando los conflictos y combinándose de manera tal que obligan a las personas a escapar de sus países. Las distinciones entre refugiados y migrantes, entre movimientos voluntarios e involuntarios se están tornando borrosas y las decisiones basadas en estas distinciones son, en ciertas ocasiones, difíciles de realizar”⁵³.

⁵¹ Esta diferenciación estricta tiene en realidad algunos matices en la práctica, por ejemplo mediante la interpretación amplia que ciertos Estados hacen de la definición de refugiado de 1951 para incluir supuestos de violaciones particularmente graves de derechos económicos y sociales, generalmente asociadas a violaciones concurrentes con otros derechos civiles y políticos. Ver, entre otros, HATAWAY, J. C., *Rejoinder*, en *Journal of Refugee Studies*, vol. 20, Issue 3, Oxford University Press, 2007, p. 387. Disponible en: <http://jrs.oxfordjournals.org/content/20/3/385.full.pdf+html>.

Incluso la categoría denominada a nivel nacional “protección humanitaria” que en realidad constituye un mecanismo complementario de protección, es en muchos casos utilizada por los Estados para evitar devolver a personas que podrían sufrir violaciones graves de sus derechos económicos y sociales. Ver ACNUR, “Protección internacional mediante formas complementarias de protección”, 2005. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4192>.

⁵² Los Estados han afirmado: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”, ONU, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, “Declaración y plan de acción de Viena”, 1993, párr. 5º. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument).

Ver, entre otros, ABRAMOVICH, V, y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002 y bibliografía mencionada en la nota 3 de este artículo.

⁵³ ACNUR, high commissioner’s Opening Remarks 2010 Dialogue on Protection Gaps and Responses Palais des Nations, 2010, Geneva, traducción propia del inglés. Texto original disponible en: <http://www.unhcr.org/4cff875e13.html>.

“En tanto la coordinación política del bipolarismo de la Guerra Fría se apagaba durante los 90, se volvía crecientemente problemática la distinción entre refugiados y migrantes tomando como referencia el Derecho Internacional de los Refugiados y la práctica desarrollada por los gobiernos desde la década de 1950”⁵⁴.

“A nivel global, el concepto de los flujos migratorios mixtos adquiere particular importancia en un contexto en que la movilidad humana, así como las causas que la motivan, se incrementan. Muchas causas alimentan esta tendencia, como la evolución demográfica, el cambio climático, los conflictos de distinta naturaleza, los desastres naturales y las crisis económicas, pero sobre todo la necesidad de buscar mejores oportunidades económicas y laborales. La concurrencia de estos motivos para emigrar, hace más difícil distinguir entre las razones que motivan estos flujos y requiere al mismo tiempo de un mayor esfuerzo de coordinación y formulación de políticas en relación con la protección de las personas migrantes que pudieran ser vulneradas en sus derechos”⁵⁵.

Además de estos tres fragmentos que provienen de las tres instituciones internacionales directamente vinculadas al trabajo con población desplazada (el ACNUR, la Organización Internacional para las Migraciones [OIM] y el Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]), es habitual y cada vez más frecuente encontrar este tipo de afirmaciones en discursos de representantes de los Estados, de la sociedad civil y de la academia dedicada al análisis de esta temática.

La adopción de conceptos como los de “flujos mixtos” o de “motivaciones mixtas” da cuenta de la necesidad de encontrar nuevos enfoques para abordar los vínculos entre los diferentes tipos de movimientos transfronterizos⁵⁶.

La interrelación de múltiples causales y variables en las situaciones de desplazamiento, tales como la vulneración de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, situaciones como los conflictos armados y el grado de desarrollo de un país, o los desastres naturales, la inseguridad y la violación de derechos, son elementos concurrentes que atraviesan muchas de las experiencias de las personas que cruzan una frontera internacional.

Intentar discernir cuál es el elemento preponderante puede resultar sencillo en ciertos casos pero extremadamente difícil —y riesgoso— en muchos otros.

⁵⁴ LINDE, T., Mixed Migration- “A humanitarian counterpoint”, on *Refugee Survey Quarterly*, vol. 30, Issue 1, 2011, Oxford University Press, p. 91, traducción propia del inglés. Texto original disponible en: <http://rsq.oxfordjournals.org/content/30/1/89.full.pdf+html?etoc>.

⁵⁵ OIM, Discurso de Laura Thompson, directora general adjunta, 2009, Costa Rica. Disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/media/all-speeches/cache/offonce/lang/es?entryId=26662>.

⁵⁶ Ver ACNUR, “Protección de refugiados y soluciones duraderas en el contexto de las migraciones internacionales”, 2007. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5825>.

Creemos que para los casos en que pueda realizarse esta distinción, es fundamental preservar y consolidar la protección bajo las categorías de refugiados —universales y regionales— vigentes y utilizar los marcos normativos existentes. Sin embargo, esto no debe constituirse en un argumento que impida avanzar en una regulación internacional adecuada para asegurar protección de la comunidad internacional a aquellas otras personas que también lo necesitan.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El marco legal internacional de protección frente al desplazamiento humano ha demostrado a lo largo de los años ser una herramienta lo suficientemente flexible y práctica para asegurar protección a millones de personas alrededor del mundo.

Sin embargo, hoy es necesario evaluar cuidadosamente la actualidad de las definiciones establecidas para la identificación de personas necesitadas de protección internacional a fin de asegurar que la respuesta de la comunidad internacional avance en cubrir los vacíos existentes.

Es necesario considerar que la distinción mediante las categorías de “desplazamiento forzado” y “desplazamiento voluntario” —centradas exclusivamente en las causas y no en las consecuencias del desplazamiento humano— invisibiliza situaciones igualmente lesivas en términos de derechos que las protegidas a través de las nociones universales y regionales del concepto de refugiado.

Es probable que, a tenor de diversos eventos recientes, una respuesta adecuada de la comunidad internacional esté llegando demasiado tarde. Esta demora genera, entre otras cosas, que se estén desplegando respuestas *ad hoc* mediante instituciones y agencias internacionales que fueron establecidas originariamente con mandatos y funciones destinados a la protección de ciertas categorías de personas, y que hoy día —frente a la carencia de un marco legal adecuado— avancen en muchos casos, forzando los límites y mandatos acordados oportunamente por los propios Estados.

Aunque este tipo de intervención pueda producir efectos positivos en ocasiones, también genera situaciones de descoordinación y superposición institucional, utilización ineficaz de recursos de la comunidad internacional y, en ciertos casos, respuestas generadas desde las propias instancias internacionales que carecen del sustento legal y de la voluntad de los Estados al momento de su implementación o ejecución.

En definitiva, es pertinente reiterar la idea que atraviesa gran parte de las afirmaciones desarrolladas en este artículo: a la par de preservar la protección que brinda la figura de la definición universal del concepto de refugiado, es imprescindible —y urgente— avanzar en la elaboración y adopción de respuestas igualmente efectivas frente a otras necesidades de protección de personas que se desplazan a través de las fronteras internacionales y que en la actualidad parecen invisibles frente a los ojos de la comunidad internacional.

LOS EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL MEDIO AMBIENTE: SU COMPLEJA RELACIÓN JURÍDICA

Por MARTA R. VIGEVANO*

INTRODUCCIÓN

Si bien los conflictos armados pueden iniciarse por causas muy diversas, un efecto común a todos ellos es el impacto que provocan en el medio ambiente y que supone en muchos casos una notable pérdida de recursos naturales cuya consecuencia más visible es la destrucción de economías locales o nacionales ahondando las situaciones de conflicto y pobreza en poblaciones ya azotadas por la guerra.

La relación entre el Derecho Internacional Ambiental —entendido como el conjunto de normas jurídicas tanto sustantivas como de procedimiento, cuyo objetivo es la protección general del medio ambiente— y el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados es cada día más estrecha.

En cierto modo, se podría fijar la preocupación por la protección del medio ambiente, en un sentido global, a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, ya que hasta ese momento sólo existía la protección estatal de los recursos individuales; y el inicio de la protección efectiva al medio ambiente en el Derecho Internacional Humanitario, a partir de los años setenta.

Junto a los principios generales propios del Derecho Ambiental —entre ellos: el deber que tienen los Estados de prevenir el daño ambiental transfronterizo, el deber de evaluar el impacto ambiental derivado de sus acciones u omisiones, la obligación de protección de la biodiversidad, el deber de procurar un desarrollo sustentable de los recursos naturales— que son plenamente aplicables durante un conflicto armado, existe todo un plexo normativo dentro del Derecho Internacional Humanitario que comprende no sólo aquéllos principios generales, sino también las normas consuetudinarias y convencionales vigentes que establecen un sistema de protección medioambiental.

* Profesora de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Humanitario e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Resulta de interés en este trabajo presentar las normas que regulan el medio ambiente en tiempos de paz como asimismo aquellas que se aplican específicamente durante una situación de conflicto armado para de ese modo, analizar la convergencia sistémica de estas dos ramas del Derecho Internacional en pos de su protección.

I. LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL EN SUS ORÍGENES

Antes del siglo XX, el primer ámbito natural donde comienza a plantearse una problemática ambiental en especial en relación con el uso de los recursos han sido las aguas fluviales o marítimas¹.

Ante la necesidad de proteger a distintas especies —peces, focas, ballenas—² que se encontraban en esos medios se firman diversos tratados donde se establece el principio de limitación a la explotación de esos recursos naturales.

En el marco del análisis, el estudio y el desarrollo del Derecho Internacional la *International Law Association*, desde el año 1954 se aboca al estudio de ciertos aspectos legales de las aguas fluviales, analizando a través de diversas Conferencias (New York 1958, Hamburgo 1960, Bruselas 1962) cuestiones tales como la utilización equitativa de los cursos de agua, la contaminación o la solución de disputas entre Estados que comparten cursos de agua. La labor de estas Conferencias se va a cristalizar en el año 1966 en las Reglas de Helsinki, en las cuales se incorpora el principio de la utilización equitativa como un principio fundamental que establece que el uso del recurso agua realizado dentro de los límites de la jurisdicción de un Estado no debe provocar efectos perjudiciales en otros Estados. Este principio se va a ir desarrollando y precisando en reglas posteriores y va a ser aceptado y respetado por la sociedad internacional obteniendo el carácter de norma consuetudinaria, que finalmente va a ser sistematizada en diferentes tratados internacionales. Estas reglas de Helsinki se amplían y profundizan en sucesivas Conferencias y el principio del uso equitativo y razonable del recurso agua se extiende a otros recursos naturales y elementos ambientales³.

¹ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. “El derecho internacional público del medio ambiente en el siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de México, 2002, ps. 335/371.

² Podemos mencionar un antecedente en el siglo XIX: la Convención para la Protección del Salmón en el Río Rhin de 1855 y ya en el siglo siguiente, en el año 1911 Canadá, Japón, Rusia y Estados Unidos firmaron un tratado para limitar las capturas de focas en el Mar de Bering, con el objeto de lograr el sostenimiento anual de los recursos con fines comerciales. En el año 1931 se elaboró la Convención Internacional para la Regulación de la Pesca de Ballenas. En el año 1949, la Convención Sobre las Actividades Pesqueras en el Noroeste del Atlántico. En el año 1954, la Convención Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por Petróleo.

³ BOURNES, Charles, “The International Law Association’s Contributions to International Water Resources Law”, *Natural Resources Journal*, vol. 36, Albuquerque: University of New México, 1996, ps. 156/170.

a) *Desarrollo de la protección del medio ambiente en tiempos de paz*

Avanzando en la evolución de esta protección nos encontramos que con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a través del Consejo Económico y Social (ECOSOC), se inicia una etapa en la cual el problema ambiental adquiere un carácter universal. En el año 1949, en ese ámbito, se convoca a una conferencia científica sobre la conservación y utilización de los recursos cuyo objetivo fue analizar el uso y agotamiento de los recursos naturales desde un punto de vista de la gestión en beneficio del desarrollo económico y social. A partir del año 1968 el ECOSOC incluye las cuestiones ambientales como un punto específico y constante de sus programas.

Un hito fundamental dentro de la labor de la ONU sobre estos temas, fue la Conferencia sobre Ambiente Humano que se llevó a cabo en Estocolmo en el año 1972. En esta Conferencia se adoptó una Declaración con veintiséis principios y un Plan de Acción donde se destaca por primera vez una visión ecológica⁴ del mundo y se considera que los recursos naturales deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Se resalta la interdependencia entre el hombre y la naturaleza de manera tal que a partir de los años setenta se comienza a hablar de una era ecológica⁵.

Uno de los principios fundamentales de la Declaración de Estocolmo es el Principio 21, que expresa lo siguiente:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurar que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción”.

Este principio basado, esencialmente en el derecho de la soberanía territorial que gozan los Estados, establece, a su vez, una clara limitación a ese derecho. Si bien este principio se sistematiza en la Declaración, ya estaba incorporado en el desarrollo de las relaciones internacionales, tal como puede constatarse en su aceptación en la práctica internacional y en la jurisprudencia⁶ y su recepción en los tratados bilaterales y multilaterales.

⁴ Se entiende por ecología “la rama de la biología que trata las relaciones de los organismos vivos con sus alrededores, sus hábitos y modos de vida” según SAND, Philippe. *Principles of International Environmental Law*, vol. I, Manchester, New York, Manchester University Press, 1995, p. 17.

⁵ KISS, Alexandre et BEURIER, Jean Pierre, *Droit International de l'environnement*, Troisième édition, Paris, Pedone, 2004, p. 34.

⁶ Por ejemplo la decisión arbitral en el Caso de la Isla de Palma (Países Bajos/Estados Unidos) sentencia del 4 de abril de 1928, ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, ps. 829/871; la sentencia del caso de la Fundición Trail (Estados Unidos/Canadá) sentencia arbitral del 16 de abril de 1938 y del 11 de marzo de 1941, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, ps. 1905/1982; la sentencia del Caso del Lago Lanoux, (España/Francia) sentencia del 16 de noviembre de 1957, *Recueil des sentences arbitrales* vol. XII, ps. 281/317

A partir de la Conferencia de Estocolmo y bajo el auspicio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) se celebraron varios tratados⁷ que contemplan diversas problemáticas ambientales y que tienen en común la adopción de mecanismos de carácter preventivo y precautorio para la protección ambiental a través de la cooperación, la evaluación del impacto ambiental, el intercambio de información y consulta, la no transferencia del daño de un lugar a otro, la implementación del principio contaminador-pagador y la solución de controversias entre los Estados. De esta forma se consagran a nivel internacional normas de carácter positivo para los Estados.

Las normas que integran estos tratados prevén obligaciones cuyo principal objeto es la protección de un interés común de la humanidad y tienen por característica incorporar, a los mismos, preceptos medioambientales existentes de manera precedente en las legislaciones nacionales. Se coordina, de esta manera, el derecho interno con el Derecho Internacional otorgando a los individuos una forma de protección frente a los Estados.

El Consejo de Administración del PNUMA redactó, en el año 1978, los Principios de conducta en el campo del Medio Ambiente que orientan a los Estados en materia de utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos y la Carta Mundial de la Naturaleza⁸. Este último documento consagra que, para que el hombre mantenga el equilibrio y la calidad de los recursos, es necesario que los principios de conservación se apliquen a toda la superficie terrestre, el mar y el aire.

En el año 1983, la Asamblea General de la ONU creó la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo,⁹ que elaboró un informe que fue publicado en el año 1987 y en el cual se definió la expresión “desarrollo sustentable” como “el desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”. Este informe constituye un importante avance, puesto que se presenta como una etapa superadora del concepto de protección ambiental, al establecer el

y el Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Canal de Corfú, *Corfú Channel, Merits, Judgement: ICJ Reports 1949*, ps. 22/35.

⁷ El Tratado de Ginebra sobre la Contaminación del Aire Transfronterizo de 1979 con sus Protocolos adicionales de 1985, 1988, 1991, 1994, 1998, el Tratado de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono de 1985 con su Protocolo de Montreal de 1987, la Convención del Derecho del Mar de 1982, los Acuerdos de la Organización Internacional de Energía Atómica sobre Información y Asistencia en caso de Accidentes Nucleares de 1986, la Convención de Basilea sobre el Control de Transporte de Materiales Peligrosos de 1989, la Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales de 1992, con su Protocolo relativo al agua y la salud de 1999, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 con su Protocolo de Kyoto de 1997.

⁸ Adoptada el 28 de octubre de 1982 por la Asamblea General UNGA A/RES/37/7.

⁹ Conocida con el nombre de Comisión Brundtland en honor a su presidente, la primera ministra de Noruega. Ver “Rapport de la Comisión mondiale sur l’environnement et le développement”, 1988, *Notre avenir à tous*, Montreal: Editions du Fleuve/Publications de Québec.

desarrollo sustentable íntimamente ligado con el principio de equidad intergeneracional¹⁰.

Como consecuencia del Informe Brundtland la Asamblea General de la ONU convocó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, que se llevó a cabo en la ciudad de Río de Janeiro en el año 1992.

En esta Conferencia se planteó la necesidad de conciliar e integrar el interés de la protección del medio ambiente con las actividades de desarrollo económico¹¹. Para hacer efectivo este objetivo se elaboraron diversos instrumentos, a saber: a) la Declaración de Río, b) los Principios Generales de la Conservación de los Bosques, c) la Agenda 21, d) la Convención sobre Cambio Climático y e) el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Los dos últimos son tratados y resultan por lo tanto obligatorios para los Estados que los ratifiquen; los otros instrumentos son declaraciones, pero receptan principios medioambientales que configuran el *soft law* dentro de esta rama del Derecho Internacional Público.

Los Principios 3 y 4 de la Declaración de Río¹² constituyen su núcleo central al establecer, respectivamente, que el desarrollo económico debe contemplar en forma equitativa las necesidades económicas y ambientales de las generaciones presentes y futuras y que la protección del medio ambiente debe ser parte integrante del desarrollo económico.

Por otra parte este instrumento introduce la idea de que, si bien las responsabilidades en cuanto a la protección integral del medio ambiente son comunes a todos los Estados (Principio 7), existen obligaciones diferenciadas teniendo en cuenta la responsabilidad que le cabe a aquellos países más desarrollados atento la tecnología que poseen y los recursos financieros de que disponen para imponer políticas de producción o de consumo incompatibles con el desarrollo sostenible (Principio 8). La Declaración de Río retoma¹³ y amplía¹⁴ principios contemplados en la Declaración de Estocolmo. Además incorpora el Principio 24 que establece que la guerra es contraria al desarrollo sostenible y que los Estados tienen la obligación de respetar, durante un conflicto armado, las obligaciones contenidas en las normas que protegen al medio ambiente: *la*

¹⁰ BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Zavallia, 2008, ps. 540/562.

¹¹ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, DESGAGNE, Richard et ROMANO, Cesare, *Protection Internationale de l'Environnement. Recueil d'Instruments Juridique*, Paris, Pedone, 1998, ps. 13/21.

¹² A/CONF:151/26 (vol. 1), 1992. Informe de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

¹³ Principio 2: sobre la utilización no perjudicial del territorio de un estado.

¹⁴ Principio 15: sobre la precaución, Principio 17: sobre evaluación del impacto ambiental, Principios 20, 21 y 22: sobre la participación activa de los individuos en pos del desarrollo sostenible.

paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables (Principio 25).

Asimismo la agenda 21 establece un plan mundial para lograr un desarrollo sustentable a través de la implementación de estrategias nacionales, políticas y procesos basados en la cooperación internacional dentro del marco que brinda el sistema de las Naciones Unidas, con la contribución de organizaciones regionales y no gubernamentales.

Estas acciones abarcan un aspecto social y económico, un ámbito de gestión de recursos para el desarrollo, las formas de participación de individuos y entidades no gubernamentales y los mecanismos e instrumentos nacionales e internacionales de ejecución.

Con la Declaración de Río y la Agenda 21 se establecen una serie de compromisos políticos que tienden a crear una nueva conciencia ambiental en pos de un futuro más equitativo y sustentable¹⁵.

Diez años después de la Cumbre de la Tierra de Río, se realiza en el año 2002 en Johannesburgo la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible.

Dos hitos fundamentales en esta evolución de la protección del medio ambiente, ya mencionados, son el Protocolo de Montreal y el Protocolo de Kyoto. El primero es el Protocolo del Tratado de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono de 1985 y hace referencia al agotamiento de la capa de ozono por la liberación de determinadas sustancias e introduce determinadas medidas de control y reafirma un principio por demás importante como el de “la responsabilidad común pero diferenciada”.

Este protocolo se caracteriza porque ha sido objeto de varias enmiendas¹⁶ por las cuales se agregaron: a) nuevas obligaciones, b) otras sustancias que agotan la capa de ozono y c) ajustes que permiten profundizar las medidas de control. A partir de la entrada en vigor del Protocolo de Montreal, por su parte, se han reducido la producción y el consumo mundial de las sustancias que agotan la capa de ozono. Según informes realizados por el PNUMA esa disminución ha alcanzado a más de un 98%¹⁷.

El Protocolo de Kyoto complementa la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (cuyas disposiciones alientan a los Estados industrializados a estabilizar las emisiones de gases de efecto invernadero)¹⁸ y su objetivo es comprometer a estos Estados a reducir sus emisiones un pro-

¹⁵ ESTRADA OYUELA, Raúl. *Notas sobre la evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*, Buenos Aires, A-Z, 1993. p. 6 y ss.

¹⁶ Las Enmiendas de Londres, Copenhague, Montreal y Beijing.

¹⁷ De acuerdo a informes publicados por el PNUMA se ha verificado que los niveles atmosféricos de las principales sustancias que agotan la capa de ozono están disminuyendo, y se estima que si se continúa en ese sendero deberá retornar, entre 2050 y 2075, a su estado anterior a 1986. Ver *The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer. Achievements in Stratospheric Ozone Protection. Progress Report 1987-2007*, en http://ozone.unep.org/Publications/20th_anniversary_info_kit-E.shtml [Consulta 5 de marzo de 2011].

¹⁸ Tales como el dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, clorofluo carbonos.

medio del 5% para el 2012 en relación con 1990. Para ello implementa tres mecanismos esenciales que son:

a) el comercio de los derechos de emisión, conocido como el “mercado del carbono”: se establece un límite a la cantidad de dióxido de carbono que pueden emitir las industrias que realizan un mayor consumo de energía. La adopción de ese tope establece unidades de emisión que pueden ser negociadas o vendidas. La Unión Europea es el mercado de carbono más grande del mundo.

b) el Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL) constituye un medio de estimular el desarrollo sostenible y la reducción de las emisiones, al tiempo que ofrece a los países industrializados flexibilidad en la manera en que cumplirán sus metas de reducción de las emisiones.

c) la aplicación conjunta: un país que tenga un compromiso de reducción de las emisiones en virtud del Protocolo de Kyoto puede participar en un proyecto de reducción de las emisiones en otro país que tenga ese mismo compromiso, y calcular las reducciones de emisiones resultantes en función del cumplimiento de su propia meta¹⁹.

Ambos protocolos mencionados tienen una fundamental importancia, aunque la aplicación de las normas contenidas en ellos no tienen la misma eficacia; siendo el Protocolo de Montreal mucho más efectivo en cuanto a su cumplimiento que el de Kyoto²⁰.

b) Consideración del tema medioambiental en otros ámbitos

De manera concordante con lo establecido en la Declaración de Río, la Comisión de Comunidades Europeas en el año 1992 dispuso en el Quinto Programa de Acción Comunitaria de Medio Ambiente, ampliado y profundizado por el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente, un cambio de la idea puramente economicista del desarrollo hacia una idea de sostenibilidad. Estos Programas contemplan la necesidad de crear nuevas relaciones entre los distintos agentes que intervienen en el sector medioambiental (autoridades públicas, ciudadanos, empresas, organismos no gubernamentales) y que el crecimiento económico no puede dejar de tener en

¹⁹ Disponible en <http://www.un.org/es/climatechange/mechanisms-to-help-reduce-emissions.shtml> [Consulta 5 de marzo de 2011].

²⁰ En diciembre de 2011 se realiza la Conferencia de las Naciones Unidas de Durban, Sudáfrica, sobre el Cambio Climático. Es la décimo séptima reunión de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la séptima Conferencia de la Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto. Uno de los objetivos de esta reunión es la puesta en marcha de un mecanismo para la promoción de tecnologías de energías limpias y la adaptación de un marco para el apoyo a los países en desarrollo y un Fondo Verde del Clima para lograr el avance hacia el límite del aumento de la temperatura promedio global a 2° C. Otro de los objetivos de esta reunión es el futuro del Protocolo de Kyoto, teniendo en cuenta que el primer período de compromiso de dicho Protocolo concluye en 2012.

cuenta los factores medio ambientales desde un doble punto de vista, como factor restrictivo y como incentivo para aumentar la eficacia y la competitividad²¹.

En el ámbito sudamericano y en el marco del “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR) la preservación del medio ambiente, la coordinación de las políticas macroeconómicas, la complementación de los diferentes sectores de la economía con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio constituyen los objetivos esenciales de este proceso de integración que se inicia con el Tratado de Asunción en el año 1994.²² Entre la Unión Europea y el MERCOSUR se firma en el año 1995 un acuerdo de Cooperación en el que en su art. 17, se establece que teniendo como objetivo el desarrollo sustentable, promoverán la protección del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales²³.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el año 1990 inició un estudio sobre indicadores ambientales, que se dio a conocer en el año 1993²⁴ y cuyo objetivo era vincular las cuestiones ambientales con los procesos económicos. El fin de los indicadores ambientales en el marco de este estudio es evaluar el proceso ambiental e incorporar la problemática ambiental en las políticas sectoriales y en la política económica de la sociedad.

En esos años el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elabora el primer Informe sobre Desarrollo Humano²⁵. En él se establece El Índice De Desarrollo Humano que mide no sólo el crecimiento de los Estados teniendo en cuenta el producto bruto interno sino que incorpora como elementos cualitativos la esperanza de vida y el nivel educacional.

Debemos destacar que en el transcurrir de los años, desde este primer Informe en la medición del Desarrollo Humano tiene una gravitación impor-

²¹ El primer programa de acción de las Comunidades Europeas en Materia de Medio Ambiente fue aprobado el 22 de noviembre de 1973, en cuanto al quinto y sexto programa ver res. 93/C 138/01, de 1 de febrero de 1993, del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, sobre un “Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible” y dec. 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de julio de 2002, por la cual establece el sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente denominado “Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos” (2001-2012)

²² En el ámbito del Mercosur son varios los foros destinados a trabajar sobre este tema por ejemplo: la Comisión de Medio Ambiente, la Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA), el Subgrupo de Trabajo N° 6 medio ambiente (SGTN° 6), la reunión de ministros de Medio Ambiente del Mercosur. La labor desarrollada en estos foros dio como resultado la elaboración del Acuerdo Marco sobre medio Ambiente del Mercosur (2001) y el Protocolo Adicional a este Acuerdo (2004).

²³ Ver Medio Ambiente en el Mercosur, relevamiento 001/06 (2006), Secretaria del Mercosur, www.mercosur.int [Consulta 10 de marzo de 2011].

²⁴ OECD. *Core Set of Environmental Indicators*, 1993. Disponible en www.oecd.org [Consulta 10 de marzo de 2011].

²⁵ Ver United Nations Development Program, *Human Development Report*, 1990. New York: Oxford University Press, 1990. ps. 10 y ss.

tante el Índice de Sostenibilidad Ambiental (ESI siglas en inglés de *Environmental Sustainability Index*). Este último índice es el resultado de un conjunto de variables e indicadores que mide la capacidad de los Estados de proteger el medio ambiente a través de la elección e implementación de sus políticas ambientales²⁶.

El índice comprende 76 variables que abarcan cuestiones tales como la calidad de los recursos naturales, los niveles pasados y presentes de contaminación, la gobernabilidad ambiental y la capacidad de la sociedad para mejorar su situación ambiental. De esas variables surgen veintiún indicadores de sostenibilidad ambiental. Estos indicadores pueden ser agrupados en cinco categorías: a) sistemas ambientales (biodiversidad, calidad del agua, de la tierra, etc.); b) reducción de alteraciones ambientales (contaminación y agotamiento de los recursos naturales); c) reducción de la vulnerabilidad humana frente a la contaminación ambiental (salud ambiental); d) capacidad de la sociedad y de las instituciones para reaccionar frente a los cambios medioambientales (participación del público en general, gobernabilidad ambiental); e) administración global (colaboración y cooperación). El ESI puede constituirse en un valioso instrumento de política a nivel nacional para poder identificar aquellas situaciones que afectan severamente el medio ambiente y que requieren la implementación de programas de protección²⁷.

La Comisión sobre el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas²⁸, que fue creada luego de la Cumbre de la Tierra elaboró el Programa de Trabajo en Indicadores de Desarrollo Sostenible en aplicación de lo dispuesto en el cap. 40 (información para la adopción de decisiones) del programa 21, en el cual se establece la necesidad de que los Estados, las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales elaboren indicadores del desarrollo sostenible para alcanzar los objetivos del programa 21²⁹. Estos indicadores pueden guiar en la toma de decisiones más efectivas a través del manejo de información clara y precisa. Las dos primeras publicaciones del Programa de Indicadores de Desarrollo Sostenible se realizaron en los años 1996 y 2001 y la tercera edición en el año 2007.

²⁶ Este índice es elaborado por el *Yale Center for Environmental Law and Policy of Yale University, the Center for International Earth Science Information Network of Columbia University, the World Economic Forum, Geneva and the Joint Research Centre of European Commission*.

²⁷ ESTY, Daniel., LEVY, Marc y SREBOTNJAK, Tanja, et al, *2005 Environmental Sustainability Index: Benchmarking National Environmental Stewardship*, New Haven: Yale Center for Environmental Law & Policy, 2005.

²⁸ Esta Comisión presenta informes al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas y formula recomendaciones a la Asamblea General sobre la aplicación de los acuerdos realizados en la Cumbre para la Tierra y sobre el desarrollo a nivel nacional, regional e internacional del Programa 21, el Programa de Acción de Barbados y el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo.

²⁹ Ver www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/ [Consulta 20 de marzo de 2011].

Este programa comprende diversos temas y subtemas que hacen referencia a cuestiones económicas, sociales, ambientales e institucionales con sus respectivos indicadores. Dentro de la cuestión ambiental el programa comprende: a) el tema atmósfera con los subtemas: cambio climático, disminución de la capa de ozono y calidad del aire con sus indicadores: emisión de gases invernaderos; sustancias que afectan la capa de ozono y contaminación del aire en áreas urbanas respectivamente.

b) el tema tierra con los subtemas: uso de la tierra, agricultura, desertificación, bosques con los indicadores: utilización intensiva; pesticidas y fertilizantes agrícolas; tierras áridas; proporción de tierra cubierta por bosques, extracción de madera respectivamente.

c) el tema océanos, mares y costas con los subtemas: zona costera, pesquerías, medio ambiente marino con los indicadores: porcentaje de la población que vive en la zona costera; captura de *stocks* sin límites biológicos y proporción del área marina protegida respectivamente.

d) el tema agua dulce con los subtemas: cantidad del agua y calidad del agua con los indicadores: volumen de aguas superficiales y subterráneas y contaminación de las aguas respectivamente.

e) el tema biodiversidad con los subtemas: ecosistemas y especies con los indicadores zonas de biodiversidad y conservación; número de especies protegidas y riesgo de extinción respectivamente³⁰.

No podemos dejar de mencionar en este desarrollo la labor realizada por instituciones públicas y privadas nacionales e internacionales que se plasmaron en estudios, programas, informes sobre biodiversidad, biotecnología, sobre especies amenazadas de flora y fauna silvestre, sobre desechos y sustancias peligrosas, sobre la protección del recurso natural agua (tanto dulce como salada) sobre deforestación y desertificación y que fueron todos antecedentes de numerosos convenios internacionales firmados por los Estados³¹.

³⁰ United Nations. *Sustainable Development Indicators. Guidelines and Methodologie*. 2007, Third édition. New York: United Nations, ps. 12-14.

³¹ Como ejemplos de acuerdos internacionales, además de los ya indicados en nota *supra* 6, podemos mencionar entre otros: La Convención para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (OILPOL) de 1954, con sus enmiendas de 1962 y 1969, el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL) de 1973 y su Protocolo de 1978, de la Convención sobre las Tierras Húmedas de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, (conocida como la Convención Ramsar) de 1971, el Convenio de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica de 1992 y su Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología del año 2000, la Convención sobre la Evaluación de los Efectos en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo de 1991, con sus enmiendas de 2001 y 2004 y su Protocolo de 2003, el Convenio para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional de 1998, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África de 1994, la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, Nueva York, 21 de mayo de 1997.

La degradación del medio ambiente no es un problema que incumbe a los Estados en forma particular sino que es necesaria la cooperación y coordinación de la gran mayoría de ellos —en especial de los más desarrollados y los más poderosos desde el punto de vista económico— para poner en práctica el principio de equidad. La mejor manera de hacerlo es a través de acuerdos internacionales que involucren acciones correctivas que reduzcan las consecuencias nocivas de determinados actos³².

Por otra parte es dable destacar que en los últimos treinta años, las Constituciones de numerosos Estados han incorporado normas protectoras del medio ambiente³³. Estas normas internas de los Estados establecen, con relación a las internacionales, regulaciones más específicas, estándares generales y procedimientos jurisdiccionales que le dan un carácter de mayor operatividad a las normas ambientales³⁴, y determinan un camino que orienta hacia cambios individuales que han de tener consecuencias globales.

Hoy en día, en la sociedad internacional tienen una especial participación en el ámbito ambiental actores tales como los organismos no gubernamentales (ONG), las empresas multinacionales y la sociedad civil, que reafirman la idea que el medio ambiente es un “sistema multilateral”³⁵. Las ONG han incorporado de manera progresiva actividades que previamente sólo eran propias de los Estados y que con el correr del tiempo han adquirido una importante magnitud en cuanto a su alcance³⁶. La participación de estas organizaciones, al igual que la sociedad civil, permite aportar al proceso de elaboración de las normas medioambientales una mayor transparencia, no sólo en cuanto al monitoreo de las actividades de los Estados sino también en lo relativo al aporte científico y una vez elaborada la norma y puesta en vigor sirven como controles de su eficacia³⁷.

En relación con las empresas, en la Cumbre de Johannesburgo de 2002 se arribó a la conclusión de que era necesario lograr un acuerdo entre los Estados sobre la necesidad de establecer conductas responsables de las empresas multinacionales respecto del medio ambiente. Con el fin de hacer efectivo este plan-

³² SUNSTEIN, Cass, “Of Montreal and Kyoto: A Tale of Two Protocols”, *Harvard Environmental Law Review*, vol. 31, nro. 1, 2007, ps. 1/66.

³³ MAY, James, “Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide”, *Pace Environmental Law Review*, 2006, ps. 129/133.

³⁴ BRUCH, Carl, “Is International Environmental Law Really Law?: An Analysis of Application in Domestic Courts”, 23 *Pace Environmental Law Review*. 423 2006.

³⁵ Expresión utilizada frecuentemente en el Consejo de gobierno del PNUMA y en el Foro Ministerial Global del Medio Ambiente.

³⁶ Desde la Conferencia en Estocolmo de 1972, las ONG han mantenido una presencia constante en las reuniones de los distintos organismos vinculados al medio ambiente, en la Comisión de Desarrollo Sustentable de la ONU y en el Fondo para el Medio Ambiente Mundial conocido por las siglas en inglés *GEF Global Environment Facility*.

³⁷ RAUSTIALA, Karl, “The Participatory Revolution in international Environmental Law”, *Harvard Environmental Law Review*, vol 21, nro. 2, 1997.

teo la OCDE³⁸ estableció las “Directrices para Empresas Multinacionales” que expresan valores compartidos de los países miembros de esta organización. En cuanto al medio ambiente, estas directrices propician que las empresas desarrollen las actividades a través de tecnologías y procedimientos que protejan el medio ambiente, la salud y la seguridad teniendo en cuenta los principios y normas internacionales, siendo implementadas en cada uno de los Estados miembros a través de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC). Estas Directrices se constituyen en uno de los principales instrumentos multilaterales de responsabilidad corporativa que contienen por primera vez recomendaciones de carácter general dirigidas a establecer un sistema de gestión medioambiental para las empresas que contempla la evaluación del impacto de sus actividades en el medio ambiente, el establecimiento de objetivos relacionados con la mejora de los resultados medioambientales y la revisión y control periódico de la pertinencia de estos objetivos³⁹.

c) La consideración del medio ambiente en el marco de la protección de los derechos humanos

Al vincular el tema medio ambiental con la protección efectiva de los derechos humanos resulta evidente que el pleno respeto de los derechos económicos, sociales y culturales facilitan la protección del medio ambiente. La pobreza y el desarrollo no sostenible tienen un alto impacto en la alteración medio ambiental.

Conceptualmente existe un derecho humano al medio ambiente sano, en tanto y en cuanto es una manifestación de la dignidad y seguridad humana⁴⁰ que ha sido reconocida en instrumentos internacionales tanto universales como regionales⁴¹.

El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado debe ser reconocido, respetado y protegido por el Estado.

³⁸ Entre los 49 Estados miembros de la OCDE se encuentran aquellos que realizan el mayor número de inversiones directas en el mundo internacional y son sede de las principales empresas multinacionales. Disponible en www.oecd.org/environment [Consulta 30 de marzo 2011].

³⁹ OCDE 2011. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE. Disponible en www.dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr [Consulta 1º de abril 2011].

⁴⁰ GROS ESPIELL, Héctor, “El derecho a vivir y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1992-1993, ps. 48/49.

⁴¹ Entre los universales ya se han mencionado varios en este trabajo y en el ámbito regional podemos destacar El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (1988) en su art. 11 establece el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (párr. 1º) y la obligación de los los Estados partes en la promoción, protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (párr. 2º).

Si bien en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como en los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 no se manifiesta de manera expresa la protección del medio ambiente, se establece en cambio, el precepto que sostiene que “toda persona tiene derecho a un nivel adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”. El desarrollo de estos dos últimos derechos requiere necesariamente un ambiente sano y adecuado.

Otros instrumentos dentro de la esfera de los derechos humanos hacen referencia al derecho de gozar de condiciones de vida adecuada a través del acceso a los servicios de salud, atención sanitaria, al abastecimiento del agua, al saneamiento ambiental en el marco de un ambiente adecuado tal como se establece en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social adoptada por una resolución de la Asamblea General Res.2542 (XXIV) consagra: “...que el progreso social y el desarrollo se fundan en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana” y que “...la movilización de los recursos nacionales y su utilización deben hacerse de manera racional y eficiente”.

La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas de 2000 expresa que: “Es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. No debemos escatimar esfuerzos por liberar a toda la humanidad, y ante todo a nuestros hijos y nietos, de la amenaza de vivir en un planeta irremediamente dañado por las actividades del hombre, y cuyos recursos ya no alcancen para satisfacer sus necesidades”.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los pueblos indígenas de 2007 establece que estos pueblos “tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital”. La Asamblea General de la ONU adoptó el 28 de julio de 2010 una Res. A/Res/64/292 que reconoce “al agua potable y al saneamiento básico como derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos europeo, americano y africano han establecido, por vía convencional y jurisprudencial (en especial los dos primeros), un derecho explícito de los individuos a un ambiente sano, favorable y satisfactorio para su desarrollo.

A través de esta evolución, hemos tratado de poner en claro, cómo se ha establecido dentro del régimen jurídico del Derecho Internacional Público,

tanto en el ámbito del *hard law* como en el del *soft law*; un amplio sistema de protección del medio ambiente⁴².

II. LOS CONFLICTOS ARMADOS Y EL MEDIO AMBIENTE

La historia de la humanidad es rica en ejemplos que nos muestran cómo las guerras han infringido serios daños a la naturaleza. Desde los relatos bíblicos (en el Éxodo, las aguas del mar cubren el ejército del Faraón), pasando por Babilonia cuando el Rey Nabucodonosor (595 a. J.C) para poner fin a un sitio destruye el acueducto que aprovisionaba la ciudad de Tyr; las Guerras Púnicas (146 a 149 a.C.) en las que Roma para vencer la resistencia de Cartago sala las tierras que la circundaban, las incursiones de los Mongoles en la Mesopotamia (1213) destruyendo los cultivos, el ganado y las construcciones de irrigación del río Tigres; la decisión de Maquiavelo durante la guerra entre Florencia y Pisa (1503) de desviar el río Arno para impedir la salida de Pisa hacia el mar; la inundación llevada adelante por los alemanes, durante la Segunda Guerra Mundial de varias zonas ocupadas en Holanda para impedir el avance de las fuerzas aliadas; la actitud similar que tomó China al dinamitar el dique Hua-yuankow sobre el río Amarillo para repeler a las fuerzas japonesas, o el bombardeo sobre Hiroshima y Nagasaki que provocó graves pérdidas de vidas y destrucción ambiental⁴³.

Una gran número de conflictos armados en los que la utilización de ciertos medios de combate provocaron daños irreversible al medio ambiente tuvieron lugar entre los años setenta y noventa: Vietnam (1964-1975), Colombia (se inició en los años sesenta y aún continúa), en el Golfo (1990-1991) o Kosovo (1999) sólo por nombrar algunos de ellos.

De los 93 conflictos armados que se han identificado desde ese momento, un 27% del total finalizaron mediante un acuerdo de paz, 7% con un acuerdo de paz "imperfecto" porque fue impuesto, un 16% está en vías de resolución y 40% del total no han sido resueltos⁴⁴. Las consecuencias de una guerra no sólo implican la pérdida de vidas humanas sino la destrucción de recursos naturales con los consiguientes efectos económicos. La mayoría de estos conflictos se desarrollaron o aún se desarrollan en África (varios de los conflictos produ-

⁴² SANDS, Philippe, "Internacional Law in the Field of Sustainable Development", *The British Yearbook of International Law*, vol. 65, Oxford, New York: Oxford University Press, 1994, ps. 303/382.

⁴³ Ver AUSTIN, Jay, and Carl BRUCH, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, ps. 1/10; MOLLARD-BANNELIER, Karine, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*. Paris: Pedone, 2001, ps. 4/8; RICHARDS, Peter and SCHMITT, Michel, "Mars Meets Mother Nature: Protecting the Environment during armed conflict", *Stetson Law Review*, vol. 2-4, Spring 1999, ps. 1048/1092.

⁴⁴ FISAS, Vicenc, *Anuario Procesos de Paz 2011*, Barcelona: Icaria-Escuela de Cultura de Pau, UAB, 2001, ps. 19/21.

cidos en este continente se originaron por el control de la extracción de oro, diamantes, cobre y madera) y en Asia (en el conflicto entre Timor del Este e Indonesia, en 1970, la fuerza aérea indonesia utilizó el napalm contra las fuerzas guerrilleras y provocó la contaminación de los suelos y aguas, destruyó sembradíos y provocó incendios en vastas extensiones cubiertas de bosques)⁴⁵.

Durante la mayoría de estos conflictos armados se ha producido la destrucción de gran parte del territorio o una degradación del medio ambiente tal que persiste incluso aún varios años después de haber finalizado las hostilidades. Se estima que entre el 10 y el 30% de la degradación medioambiental es el resultado directo de las actividades militares⁴⁶.

El Derecho Internacional Humanitario ha establecido, desde sus inicios en forma indirecta y luego de manera directa límites a los beligerantes⁴⁷ en cuanto a los medios y métodos que pudieran provocar daños al medio ambiente. Ello se realiza a través de principios generales, normas convencionales generales y particulares y normas consuetudinarias destinados a crear un sistema de protección⁴⁸.

a) Principios generales (aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales)

i) La Cláusula Martens⁴⁹, que se traduce en la expresión “las exigencias de la conciencia pública”, que consagra la existencia de principios suficientes que deben ser aplicados a las situaciones que no hubieran sido contempladas en una norma específica.

⁴⁵ FORT, Timothy L. and SCHIPANI, Cindy A., “Ecology and Violence: The Environmental Dimensions of War”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 2004, ps. 243/277.

⁴⁶ AL-DUAJI, Nada, “Environmental Law of Armed Conflict”, 2002, *Dissertations & Theses*. Paper 1, disponible en <http://digitalcommons.pace.edu/lawdissertations> [Consulta 5 de abril 2011].

⁴⁷ BOUVIER, Antoine “La protección del medio ambiente en período de conflicto armado”, *RICR*, nro. 108, noviembre-diciembre 1991, ps. 603/616.

⁴⁸ UNEP. *Protecting the environment during armed conflict. An inventory and analysis of international law*. Nairobi: UNEP, 2009, p. 10/28.

⁴⁹ “En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el impero de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Esta cláusula recibe el nombre del delegado del Zar Nicolás II, Friederich Von Martens, ante las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 y fue plasmada en los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (CGI art. 63; CGII art. 62; CGIII art. 142; CGIV art. 158) en el Protocolo Adicional I de 1977 art. 1.2 y en el Preámbulo del Protocolo Adicional II de 1977.

Tal como hemos visto en el desarrollo del punto anterior, se han ido desarrollando ideas comunes entre los Estados con relación a la protección del medio ambiente⁵⁰.

ii) El principio de distinción. El principio de distinción contemplado en el art. 48 del Protocolo Adicional I de 1977 a las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, establece la distinción entre combatientes y población civil y entre objetivos militares y bienes civiles.

La prohibición de realizar ataques indiscriminados hace referencia no sólo al tipo de armas empleadas sino también a las formas en que se lleva a cabo el ataque. Debemos precisar que esta prohibición se circunscribe a los bienes y las personas y no hace mención al medio ambiente, pero en la realidad en muchos casos el ataque a ciertos objetivos provoca daños al medio ambiente. Por lo tanto en la evaluación de los ataques a realizar y teniendo en cuenta la prohibición de hacerlos de manera indiscriminada, no pueden dejar de valorarse los efectos nocivos que pudieran tener en el medio ambiente, en especial por las consecuencias que perduran aun después de haber finalizado el conflicto armado.

Por otra parte, ciertos medios de combate indiscriminados pueden tener efectos graves, extensos, duraderos e incontrolables en la naturaleza, tales como las armas incendiarias, el uso de uranio empobrecido en la municiones, el empleo de ciertos compuestos químicos contaminantes en acciones de fumigación, las armas nucleares.

iii) El principio de necesidad militar. Este principio implica que el combatiente adopte sólo aquellas medidas necesarias para dominar al enemigo y conducirlo a la rendición⁵¹. El objetivo de las hostilidades no es lograr el mayor número de bajas en las fuerzas armadas enemigas ni la destrucción de la mayor parte de los bienes del adversario sino llevar a la práctica esas acciones en la medida que sean necesarias para disminuir o debilitar las fuerzas del enemigo y lograr dominarlo⁵².

La utilización de la fuerza armada es legítima sólo si está dirigida hacia un objetivo militar preciso⁵³.

⁵⁰ JUSTE RUIZ, José. "Derecho de los conflictos armados y protección del Medio Ambiente", en DRMAS DE CLÉMENT, Zlata (coord) *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 2, Córdoba, Drnas-Lerner Editores, 2002, ps. 1011/1042.

⁵¹ KOLB, Robert & HYDE, Richard. *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2008, ps. 47/49.

⁵² Este principio está inspirado en el contenido de la Declaración de San Petersburgo de 1868 que establece. "...Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo; Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable...".

⁵³ DOMÍNGUEZ MATÉS, Rosario. *La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, ps. 305/307.

Uno de los primeros cuerpos normativos que contiene el concepto de necesidad militar es el Código Lieber de 1863⁵⁴, lo encontramos también, en el art. 23 g. y en el art. 55 de la IV Convención de La Haya de 1907. En el primero se establece la prohibición de destruir o tomar propiedades enemigas, no específica de qué tipo, por lo tanto se puede extender esta protección al medio ambiente salvo que exista una necesidad militar. En el segundo, por su parte, se considera al Estado ocupante como administrador de los inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas. Se reiteran estos preceptos en el art. 53 y en el art. 147 del IV Convenio de Ginebra de 1949. En cuanto al Protocolo Adicional I, corresponde mencionar el art. 54 (protección de los bienes indispensables para la población civil), el art. 55 (protección del medio ambiente natural) y el art. 56 (protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas). En el Protocolo Adicional II, por su parte, en el art. 15 se regula el mismo tópico que en el art. 56 mencionado. Y el art. 14 de este protocolo establece la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como consecuencia del ataque a zonas agrícolas de producción de alimentos, ganado, instalaciones y reservas de agua potable y obras de riego. Todas estas normas tienen una clara vinculación con la protección del medio ambiente.

iv) El principio de proporcionalidad. El mismo se encuentra receptado en el Protocolo Adicional I (PAI, art. 51, párr. 5º ap.b y en el art. 57 párr. 2º ap. b) en el Protocolo II (PAII enmendado en 1996) de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados de 1980, en el Protocolo II a la Convención de la Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en período de Conflictos Armados y en el Estatuto de Roma (art. 8 párr.2, ap.b). Proporcionalidad, en el contexto de un conflicto armado significa que la ventaja militar obtenida por una operación en particular debe prevalecer sobre los daños causados a los civiles y los bienes civiles en razón de esa acción. La importancia de la ventaja militar por un lado y las pérdidas civiles por otro deben ser puestas en una suerte de balanza de manera que si estas últimas son excesivas el ataque deber ser prohibido. En el ámbito de la conducción de las hostilidades es probable que un ataque militar pueda producir daños al medio ambiente y estos constituirán una violación al principio de proporcionalidad si son “excesivos” en relación con la ventaja militar prevista para alcanzar una operación militar concreta.

⁵⁴ Código de Lieber o “Instrucciones de Lieber” fue el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra que existían en esa época. Este Código no tenía valor de tratado, ya que estaba destinado únicamente al ejército del Norte de los Estados Unidos durante la Guerra de Secesión.

El principio de proporcionalidad en definitiva tiene por objeto establecer restricciones con el fin de evitar “daños colaterales”, comprendida en esta finalidad la protección ambiental⁵⁵.

v) El principio de limitar el derecho de las partes en un conflicto armado a elegir cualquier método o medio de combate (art. 22 del Reglamento de la Haya).

El art. 35 párr. 1º del Protocolo Adicional I consagra este principio estableciendo que “En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”, su párr. 2º establece que “queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”. Este artículo sistematiza la costumbre internacional que se inicia con la Declaración de San Petersburgo de 1868, relativa a la prohibición del uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra⁵⁶.

Además de la prohibición de causar males superfluos o daños innecesarios, el Protocolo I introduce otro criterio de interdicción que es el aspecto ecológico. A tal efecto el art. 35 párr. 3º del citado protocolo establece que “queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente”.

El artículo mencionado se completa con el art. 36 del mismo protocolo, respecto de los nuevos métodos o medios de guerra, basado en dos principios fundamentales: el de limitación y el de distinción.

Para que un arma o un método no provoque males superfluos, su utilización no debe producir efectos adicionales, es decir no agravar la lesión o el daño, independientemente del objetivo perseguido o del interés estratégico⁵⁷.

En definitiva, los males superfluos serían aquellos provocados por actos que van más allá de lo necesario para poner a un enemigo fuera de combate⁵⁸.

Resulta necesario precisar que los parámetros medioambientales deben constituirse, hoy en día, en una clara limitación a la necesidad militar argumentada por los Estados. Aun pudiendo considerarse la existencia de un objetivo militar legítimo, no se lo puede atacar sin tener en cuenta los efectos que

⁵⁵ JORGE URBINA, Julio, *Derecho internacional humanitario. Conflictos armados y conducción de las Operaciones militares*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2000, ps. 237/238.

⁵⁶ “...Las partes contratantes se comprometen a renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo de sus tropas de tierra o de mar de cualquier proyectil cuyo peso sea inferior a 400 gramos y que sea explosivo o esté cargado con materias explosivas o inflamables...”.

⁵⁷ DAVID, Eric, *Principes de Droit des Conflics Armés*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 1999, ps. 282/283.

⁵⁸ Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados 1974-1977. Disponible en www.icrc.org [Consulta 18 de abril de 2011].

produce esa acción en el medio ambiente y las consecuencias que ello puede acarrear en el futuro.

b) Normas consuetudinarias

i) Las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 han sido ratificadas de manera universal y muchas de sus disposiciones son consideradas normas consuetudinarias. Esta característica no es propia, en toda su extensión, de los dos Protocolos Adicionales de 1977. Por esta razón el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en su carácter de guardián de las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales realizó un estudio sobre las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario a fin de establecer qué normas de este último tienen carácter consuetudinario y serían por lo tanto oponibles a las partes de un conflicto armado hayan ratificado o no las convenciones que contienen esas normas. En este estudio se establecieron 161 normas representativas del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, entre las cuales las referidas al medio ambiente natural son tres, aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales:

“La Norma 43: Los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural:

A. Ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que sea un objetivo militar.

B. Queda prohibida la destrucción de cualquier parte del medio ambiente natural, salvo que lo exija una necesidad militar imperiosa.

C. Queda prohibido lanzar ataques contra objetivos militares de los que quepa prever que causen daños incidentales al medio ambiente natural que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Norma 44: Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural.

En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones.

Norma 45: Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma⁵⁹.

⁵⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie and DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law. Volume I Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, ps. 143/158.

Dentro del grupo de normas consuetudinarias y *soft law* podemos mencionar el Manual de San Remo⁶⁰ que sistematiza las normas de la guerra naval e incluye preceptos sobre protección del medio ambiente⁶¹. El párr. 11 del Manual establece que las partes en conflicto no pueden llevar a cabo acciones hostiles en espacios marítimos que poseen ecosistemas raros o frágiles o que sean el hábitat de especies u otras formas de vida marina diezgadas, amenazadas o en peligro de extinción. El párr. 44 determina que “Los métodos y medios de guerra deben emplearse con la debida consideración por el medio ambiente natural, teniendo en cuenta las normas pertinentes del Derecho Internacional. Quedan prohibidos los daños y las destrucciones del medio ambiente natural no justificados por las necesidades militares y que se causen arbitrariamente”. Y, finalmente, el párr. 47 enumera las clases de naves enemigas que no deben ser atacadas, entre ellas (apartado h) las naves concebidas o adaptadas para combatir exclusivamente las contaminaciones accidentales del medio marino⁶².

c) Normas convencionales que establecen la protección del medio ambiente respecto de ciertos medios de combate

i) *La Convención IV de la Haya de 1907*: ya mencionamos dentro de los principios que fueron receptados por las normas de esta Convención aquellos que indirectamente establecen la protección de los recursos naturales dentro de la expresión propiedad del enemigo.

ii) El IV Convenio de la Haya de 1949 y el Protocolo Adicional I y II también mencionados respecto del tratamiento que se debe dispensar a los recursos naturales en su carácter de propiedad civil.

iii) El Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares o procedimientos análogos, en el cual se prohíbe la utilización de sustancias químicas sólidas, líquidas o gaseosas cuyos efectos tóxicos puedan utilizarse de forma directa contra las personas, los animales y las plantas y todo elemento biológico, tal como organismos vivos de cualquier naturaleza o material infeccioso derivado que produzcan enfermedades o muerte en las personas, animales y plantas.

⁶⁰ En el año 1987 Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo, en colaboración con el Comité Internacional de la Cruz Roja, Sociedades Nacionales y otras instituciones convoca a varias reuniones para sistematizar el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados en el mar. Fruto de esas reuniones fue el Manual de San Remo, adoptado en el año 1994, y preparado por un grupo de expertos, integrado por representantes gubernamentales y académicos provenientes de veinticuatro países. Debemos destacar que este Manual no es una convención por lo tanto no tiene carácter vinculante

⁶¹ DOSWALD-BECK, Louise, “The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea”, *American Journal of International Law*, vol. 89, nro. 1, 1995, ps. 192/208.

⁶² Ver *Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar*, Disponible en <http://www.cicr.org/spa/resources/documents/misc/san-remo-manual-1994-5tdlgl.htm> [Consulta 18 de abril de 2011].

iv) La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción de 1972. Es esta Convención se prohíbe, a diferencia de la anterior, desarrollar, producir almacenar, o de otra forma adquirir o retener agentes microbianos o biológicos o toxinas así como armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados (art. 1º).

v) La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y su Destrucción de 1993. Esta Convención, como su nombre lo indica, refuerza en el ámbito del derecho humanitario la prohibición del empleo de cualquier sustancia química tóxica y sus precursores, municiones, dispositivos o equipos destinados a fines distintos de los establecidos en la mencionada Convención y regula en detalle la destrucción de armas químicas y de toda instalación de producción de las mismas, y además prohíbe el empleo de agentes de represión de disturbios y de herbicidas como método de guerra (art. 2º).

Asimismo, este cuerpo normativo contempla una expresa obligación respecto de la protección del medio ambiente en su aprt. 7º párr. 3º al establecer: “Cada Estado parte, en el cumplimiento de las obligaciones que haya contraído por la presente Convención, asignará la más alta prioridad a garantizar la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, y colaborará según corresponda, con los demás Estados parte a ese respecto”.

iv) La Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Amas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados de 1980. Esta es una convención marco que originariamente se aprobó con tres protocolos y que luego se agregaron dos más⁶³, en cuyo preámbulo hace referencia al medio ambiente natural: “Recordando.....que está prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

Los artefactos explosivos regulados por el Protocolo II de la Convención de 1980⁶⁴, junto a las minas antipersonal —prohibidas por la Convención de Ottawa de 1997— son graves agentes de contaminación de grandes extensiones de tierras para el sembradío o el pastoreo, bosques, hábitat de flora y fauna y en muchos casos con efectos de destrucción total, de imposible recuperación.

⁶³ Protocolo I relativo a fragmentos no localizables de 1980; Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos de 1980 (enmendado en 1996); Protocolo III sobre prohibiciones y restricciones de armas incendiarias de 1980; Protocolo IV sobre armas láser cegadoras de 1995 y el Protocolo V sobre restos explosivos de guerra de 2003.

⁶⁴ Se encuentran comprendidos dentro de este Protocolo los siguientes medios de combate: minas, minas lanzadas a distancia, minas antipersonal, minas antivehículos, armas trampa, artefactos explosivos improvisados colocados manualmente.

Las armas incendiarias (Protocolo III) están prohibidas cuando están dirigidas desde el aire a un objetivo militar ubicado dentro de una concentración de personas civiles y cuando sean utilizadas para atacar bosques u otro tipo de cubierta vegetal, con la excepción de que en estas zonas se utilicen para camuflar objetivos militares. En realidad, incluso, existiendo un objetivo lícito en una zona natural, la acción de este tipo de arma provoca inevitablemente un efecto de “tierra arrasada”, ya que la destrucción del suelo y su microflora pueden tornar áridas zonas que eran fértiles y traer aparejados serios problemas para la producción de recursos con el consiguiente efecto de escasez de alimentos para la población⁶⁵.

El Protocolo V a la Convención de 1980 establece que las partes en un conflicto armado deberán proceder a la señalización y limpieza, la remoción o destrucción de los restos explosivos de guerra, comprendiéndose dentro de esta categoría los artefactos explosivos, los artefactos sin estallar y los artefactos explosivos abandonados. Estas obligaciones están destinadas a proteger a la población civil y a las misiones y organizaciones humanitarias. Nada se establece sobre los efectos en el medio ambiente.

Sin embargo las graves consecuencias que se producen, en ese medio, con motivo de la existencia de los residuos de guerra, se comprueban de manera tangible, en la imposibilidad de continuar con las actividades agrícola-ganaderas en esos terrenos, las actividades mineras, la contaminación de las aguas fluviales o marítimas entre otros deterioros. En este caso han de aplicarse las normas propias del Derecho Internacional Ambiental y las normas generales del Derecho Internacional Humanitario en cuanto a la protección medioambiental.

d) Acuerdos internacionales que establecen las normas relativas a la utilización del medio ambiente como medio de combate

i) La Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles (ENMOD siglas en inglés *Environmental Modification Convention*). El Comité de Naciones Unidas de la Conferencia de Desarme adopta en el año 1976 la ENMOD. Esta Convención hace referencia a las técnicas de modificación ambiental que, con fines militares u hostiles, tienen por objeto, a través de la manipulación deliberada de los procesos naturales, alterar la dinámica, la composición o estructura de la tierra, incluyendo su biótica, su litosfera, su hidrosfera, su atmósfera y el espacio ultraterrestre (art. 2º). No incorpora las técnicas cuya finalidad sea la aplicación pacífica por el propio Estado o en ayuda de otro Estado, por lo tanto

⁶⁵ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas El napalm y otras armas incendiarias y todos los aspectos de su eventual empleo, A/8803, 9 de octubre de 1972, párr. 99, párr. 181.

su uso no puede ser impedido ni será contrario a los principios generales y a las normas aplicables del Derecho Internacional relativos a esa utilización⁶⁶.

Asimismo dispone que los Estados deberán cooperar desde el punto de vista económico y científico para preservar, mejorar y utilizar el medio ambiente con fines pacíficos.

La ENMOD establece a lo largo de sus artículos la prohibición de la guerra ecológica entendida como la utilización de técnicas de modificación ambiental como medios de combate⁶⁷ para producir destrucción o perjuicio a otro Estado de efectos vastos, duraderos, o graves. Incluye también la utilización de métodos de combate que pueden poner en peligro el sistema planetario y la geodinámica terrestre⁶⁸. Determina de esta forma un doble estándar: en el primer supuesto la protección del medio ambiente y en el segundo la utilización de las fuerzas naturales como armas.

Si bien esta Convención es un importante avance en la protección del medio ambiente se le critican ciertas falencias, por ejemplo: sólo prohíbe la utilización de técnicas de modificación ambiental y no alcanza a la investigación ni el desarrollo de esas técnicas; por lo demás, la enumeración de técnicas de modificación no es exhaustiva y la utilización de los términos “efectos vastos, duraderos y graves” no se precisan y no se estableció un sistema de control de su implementación. A consecuencia de estas limitaciones, la ENMOD fue objeto de dos Conferencias de Revisión realizadas en Suiza, la primera en setiembre de 1984 y la segunda en noviembre de 1992.

En la primera conferencia de revisión se precisaron los términos: “efectos vastos, duraderos o graves” de la siguiente manera:

Vastos: La modificación ambiental debería cubrir un área de varios cientos de kilómetros cuadrados.

Duraderos: Se entiende un período de meses o más de una estación.

Graves: Sería perturbación en la vida humana, el medio natural y en la economía.

Con relación a estos efectos, en el marco de la Convención, la configuración de uno sólo de ellos presupone una modificación ambiental con fines hostiles a diferencia de lo establecido en el Protocolo Adicional I de 1977 donde necesariamente se deben producir las tres condiciones.

⁶⁶ DOMÍNGUEZ MATÉS, Rosario, *La protección del medio ambiente...*, cit., p. 69.

⁶⁷ Por ej., erupciones volcánicas producidas por ondas electromagnéticas; desvío de vientos; crear artificialmente cúmulos de nubes a base de yoduro de plata y plomo con el objeto de intensificar lluvias y provocar inundaciones; lanzar vectores de insectos genéticamente modificados para devastar los cultivos.

⁶⁸ AL-HAMNDOU Dorsouma et BOUCHARD, MICHEL-ANDRÉ, “Conflits armés et Environnement : Cadre, modalités, méthodes et rôle de l’Évaluation Environnementale”, *Développement durable et territoires*, Dossier 8, Méthodologies et pratiques territoriales de l’évaluation en matière de développement durable, <http://developpementdurable.revues.org/3365> [Consulta 30 de abril de 2011].

Otras diferencias que se pueden establecer entre el Protocolo mencionado y la ENMOD es que el primero contempla la protección del medio ambiente dentro de los conflictos armados y en el caso de la segunda el ámbito de aplicación es más amplio ya que menciona el uso de técnicas con fines militares u hostiles sin precisar si se realizan dentro o no de un conflicto armado.

En el marco del *PAI* los daños provocados al medio ambiente pueden ser intencionales o no, mientras que en la *ENMOD* se establece una condición subjetiva al establecer la intención de utilización con fines hostiles.

La segunda conferencia trató de regular las impugnaciones de que pudieran ser objeto las pruebas presentadas por un Estado parte para constatar los daños sufridos en su territorio. La valoración y aceptación de esta instancia de impugnación quedaron circunscriptas al ámbito del Consejo de Seguridad de la ONU, situación que supone serias limitaciones teniendo en cuenta el derecho a veto de sus miembros permanentes, que, por otra parte, son los Estados con mayor capacidad económica volcada hacia el desarrollo de tecnologías de avanzada que pueden afectar el medio ambiente⁶⁹.

III. CONTRIBUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DURANTE UN CONFLICTO ARMADO

Como se ha manifestado en este trabajo el cuerpo de disposiciones que constituyen el denominado *soft law* se ha transformado en un instrumento que contribuye de manera destacada a la evolución de las normas de protección del medio ambiente. Este proceso, además, se verifica en la relación entre los conflictos armados y el medio ambiente. Ha sido la ONU, a través de sus órganos y organismos subsidiarios, la que ha asumido el compromiso de fortalecer y profundizar esta protección a través de sus resoluciones, informes, mandatos de sus fuerzas de paz durante el conflicto o post-conflicto.

Desde el año 1995 la Comisión de Derechos Humanos ha aprobado una resolución por año⁷⁰ sobre “los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos

⁶⁹ Los Estados Unidos está realizando una investigación en Alaska, denominada Proyecto HAARP (Investigación de aurora activa de alta frecuencia) que consiste en la propagación de ondas de alta frecuencia (VHF *very high frequency*) y baja frecuencia (ELF *extremely low frequency*) a través de la ionosfera que es un medio que puede deformar, absorber o refractar las señales de radios, de sistemas de comunicación o de sensores a distancia tanto civiles como militares. Rusia realiza una investigación similar a través del Proyecto SURA, que es un sistema experimental para estudiar la ionósfera en el *Radiophysical Research Institute de Nizhny Navgorod*.

⁷⁰ En la res. 1995/81, la Comisión afirmó que el tráfico y el vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituía una grave amenaza para los derechos humanos a la vida y a la salud, y creó el mandato del Relator Especial a fin de analizar los efectos nocivos de esos fenómenos en los derechos humanos.

y peligrosos⁷¹. En el año 2007, el relator especial presentó un informe ante el Consejo de los Derechos Humanos (este Consejo reemplazó, en el año 2006, a la Comisión de Derechos Humanos) sobre los efectos nocivos de los productos tóxicos y peligrosos en el contexto particular de los conflictos armados⁷¹.

a) Resoluciones de la Asamblea General

Son varias las resoluciones emanadas de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad en las cuales se establece la necesidad de la protección de los recursos naturales frente a situaciones que provocan su degradación o destrucción.

Entre ellas, contamos con la res. de la Asamblea General 47/37 del año 1993 que se refiere a la cesación de los ensayos nucleares y a la no proliferación de estos ensayos, donde se declara la preocupación por los efectos negativos de esa actividad en la salud y el medio ambiente.

También puede mencionarse la Res. A/RES/49/50 de febrero de 1995 en la que se invita al Comité Internacional de la Cruz Roja a que continúe informando sobre las actividades emprendidas por el Comité y otros órganos pertinentes con respecto a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado. Esta resolución hace referencia, aunque sin adoptarla expresamente, a la propuesta presentada ante la Asamblea General de la ONU en el año 1994 por el Comité Internacional de la Cruz Roja bajo el nombre de directrices sobre la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado para manuales y programas de instrucción militares⁷².

La Res. A/RES/50/7(M) del año 1995 sobre la Observancia de las normas ambientales en la elaboración e implementación de los acuerdos sobre desarme y control de armas, destaca los efectos catastróficos que pueden producir el uso de armas de destrucción masiva en los seres humanos y en el medio ambiente.

La Res. A/RES/62/30 del 5 de diciembre de 2007 y la Res. A/RES/63/54 del 2 de diciembre de 2008, por su parte, versan sobre los efectos de la utilización de armamentos y municiones que contienen uranio empobrecido y plantea la necesidad de adoptar medidas por parte de los Estados, para proteger el medio ambiente.

La Res. A/RES/63/211 del 19 de diciembre de 2007 declama la necesidad de proteger y preservar el medio marino de conformidad con el Derecho Internacional. Pone de relieve el desastre ecológico causado por la destrucción por la fuerza aérea israelí, de los tanques de almacenamiento de petróleo en

⁷¹ Ver A/HRC/5/5 del 5 de mayo de 2007: Aplicación de la res. 60/251 de la Asamblea General, 15 de marzo de 2006. Titulada "Consejo de derechos Humanos. Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos. Informe presentado por el relator especial, Sr. Okechukwu Ibeanu.

⁷² Las directrices figuran en un Anexo al documento de las Naciones Unidas A/49/323 (1994).

la proximidad inmediata de la central eléctrica de Yiya en el Líbano, que tuvo como consecuencia una marea negra que cubrió la totalidad de la costa libanesa y se extendió a la costa de Siria. Destaca el Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, según el cual el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación y determina la creación de un fondo fiduciario de contribuciones voluntarias para mitigar los efectos del derrame de petróleo en el Mediterráneo oriental.

La Res. A/RES/63/54 del 2 de diciembre de 2008 establece que teniendo en cuenta los posibles efectos perjudiciales de la utilización de armamentos que contengan uranio empobrecido se solicita a las organizaciones internacionales pertinentes que actualicen y completen, sus estudios e investigaciones sobre los efectos de la utilización de armamentos y municiones que contienen uranio empobrecido en la salud humana y el medio ambiente.

La Res. A/RES/64/185 del 21 de diciembre de 2009 sobre la “Soberanía permanente del pueblo palestino en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental, de la población árabe en el Golán Sirio ocupado sobre sus recursos naturales” reconoce el derecho del pueblo palestino a reclamar una indemnización por la explotación, el daño, la destrucción, el agotamiento y la puesta en peligro de sus recursos naturales, como consecuencia de las medidas tomadas por la potencia ocupante.

La Res. A/RES/64/252 del 8 de febrero de 2010, finalmente, hace referencia a las causas de los conflictos y a la promoción de la paz duradera y el desarrollo sostenible en África.

b) Resoluciones del Consejo de Seguridad

Por su parte, el Consejo de Seguridad de la ONU, también ha manifestado a través de sus resoluciones su preocupación por el cumplimiento de las disposiciones de protección del medio ambiente y ha establecido con carácter imperativo el respeto, por parte de los Estados, de esas normas y la responsabilidad emergente por los actos violatorios de las obligaciones.

La Res. del Consejo de Seguridad S/RES/687(1991) del 9 de abril de 1991 aplicable a Irak por su invasión y ocupación ilegítima al territorio de Kuwait, establece que Irak “... es responsable con arreglo al Derecho Internacional por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales ...”. Esta resolución crea asimismo la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, que administrará el fondo que se establece para el pago de las indemnizaciones por los daños provocados por Irak.

La Res. S/RES/1509 (2003) del 19 de setiembre de 2003 crea la Misión de Naciones Unidas en Liberia (UNMIL) donde se establecen, entre los objetivos de su mandato, el apoyo a la asistencia humanitaria y en materia de dere-

chos y la ayuda al gobierno de transición a restablecer la ordenación adecuada de los recursos naturales (párr. 3º, r).

La Res. S/RES/1856 (2008) respecto de la situación provocada a consecuencia del conflicto armado en la República Democrática del Congo destaca que el Gobierno de la República Democrática del Congo tiene la responsabilidad de garantizar la seguridad en su territorio y proteger a su población civil respetando los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y reconoce que uno de los principales factores del conflicto armado en la República Democrática del Congo es la relación entre la explotación ilegal y el comercio ilícito de los recursos naturales y el tráfico de armas. Además establece que una de las finalidades de la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) es establecer un plan de control eficaz y transparente de la explotación de los recursos naturales e insta a los Estados de la región a que adopten medidas apropiadas para poner fin al comercio ilícito de recursos naturales, incluso por medios judiciales.

En aplicación del programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y a través del Subprograma Desastres y Conflictos, la ONU trabaja desde 1999 para reducir los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente, en la salud humana y en los medios de subsistencia, en la región de los Balcanes, Iraq, Afganistán, los territorios Palestinos ocupados, Rwanda, Líbano, Somalia, Sudán, Haití, Nigeria, República Democrática del Congo y Sierra Leona. El PNUMA, junto con otras agencias de la familia de las Naciones Unidas, implementa programas de reconstrucción asistiendo a las autoridades de los Estados que han sufrido las consecuencias devastadoras de los conflictos armados, a los efectos de recuperar los recursos naturales y restablecer, en lo posible, los ecosistemas alterados que permitan a los individuos logran un desarrollo sustentable⁷³.

IV. TRATAMIENTO DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

a) Corte Internacional de Justicia

i) Jurisdicción contenciosa

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso “Nicaragua v. Estados Unidos” basa su fallo en el argumento de que la aceptación extendida por parte de los Estados involucrados de una resolución de la ONU, convierte el contenido de dicha resolución —sin fuerza obligatoria— en costumbre internacional. La CIJ establece en este fallo que los Estados Unidos eran responsables de no haber notificado el minado de los puertos nicaragüenses con arreglo a los prin-

⁷³ UNEP, *Disasters and conflicts*, 2010. Disponible en <http://www.unep.org/disaster-sandconflicts>.

cipios generales del Derecho Internacional Humanitario, resaltando el precepto de que los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural⁷⁴.

En el caso “República Democrática del Congo v. Uganda por las Actividades Armadas en el Territorio del Congo”, la CIJ establece la obligación de que la potencia ocupante (Uganda) debe prevenir el pillaje, saqueo y explotación de los recursos naturales congolese y determina que existe una obligación del Estado de evitar que tales actos sucedan y que, por lo tanto, el daño provocado a los recursos naturales debe ser reparado⁷⁵.

ii) Jurisdicción consultiva

En la opinión consultiva sobre la Licitud de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, la CIJ establece que, si bien el Derecho Internacional vigente relativo a la protección y la salvaguarda del medio ambiente no prohíbe expresamente el empleo de armas nucleares, la radiación que se libera en un explosión nuclear tendría efectos en la salud, la agricultura, los recursos naturales y la demografía de una zona sumamente extensa. Además, el uso de las armas nucleares supondría un grave peligro para las generaciones futuras. Las radiaciones tienen la capacidad de destruir el medio ambiente, los alimentos y el sistema marino del futuro y ocasionar defectos genéticos y enfermedades en las generaciones venideras. Y la amenaza o el uso de armas nucleares resultan actos contrarios a las normas aplicables a los conflictos armados y a los principios de proporcionalidad y necesidad del Derecho Internacional Humanitario⁷⁶.

En la opinión consultiva sobre Las Consecuencias Jurídicas de la Edificación Construcción de un Muro en los Territorios Palestinos la CIJ manifiesta que la construcción es contraria al Derecho Internacional porque viola la IV Convención de Ginebra de 1949 que establece la prohibición para la potencia ocupante de destruir bienes muebles o inmuebles. Por otra parte deja sentado que existe un gran número de normas de derecho humanitario aplicables a los conflictos armados que son fundamentales para la persona humana en cuanto al respeto de su dignidad y que se imponen a todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que las contienen, puesto que son normas consuetudinarias que contienen derechos irrenunciables⁷⁷.

⁷⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (“Nicaragua v. United States”), Merits, ICJ 14, 27, June 1986, párrs. 172 a 182. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6502.pdf> [Consulta 2 de mayo de 2011].

⁷⁵ *Activités armées sur le territoire du Congo* (“République démocratique du Congo v. Ouganda”), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf> [Consulta 2 de mayo de 2011].

⁷⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, párrs. 32, 33, 34. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> [Consulta 2 de mayo de 2011].

⁷⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis Consultatif*; C. 1. J. Recueil 2004, p. 136. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1670.pdf> [Consulta 5 de mayo de 2011].

b) *Tribunales penales ad-hoc*

i) En el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en el año 1999, Yugoslavia presentó ante el Tribunal una cuestión referida a la responsabilidad por los daños ambientales producidos, durante el conflicto en Kosovo, a causa de las acciones de la Organización del Atlántico Norte (OTAN). Si bien el Fiscal no procedió a abrir una investigación, el Tribunal dispuso la creación de un Comité Especial para evaluar la responsabilidad por los daños provocados en el medio ambiente y por el uso de armas con uranio empobrecido. El Comité analizó la cuestión a la luz de los principios de proporcionalidad y necesidad militar y estableció que aún siendo lícito atacar un objetivo militar es necesario al llevar a cabo esa acción tener en cuenta los daños que se puedan causar en la infraestructura económica y en el medio ambiente. Asimismo el informe puso de relieve que el concepto “daños excesivos en el medio ambiente” es una noción imprecisa y que existen claras limitaciones dentro de lo jurídico para perseguir judicialmente y condenar los actos que provocan daños ambientales en el ámbito de un conflicto armado⁷⁸.

En el caso “Dusko Tadic” el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia sostuvo que las normas del Derecho Internacional Humanitario relativas a los medios y métodos de combate son parte del derecho consuetudinario y se aplican tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados no internacionales, en especial en lo relativo al uso de armas químicas y la violación a la obligación de no utilizar este tipo de medios de combate que generan responsabilidad penal individual⁷⁹.

En el Tribunal Especial para Sierra Leona, se juzgaron a los dirigentes del Frente Revolucionario Unido (en inglés RUF *Revolutionary United Front*) Issan Hassan Sesay, Morris Kallón y Augustine Gbao y fueron condenados por ser responsables de varios crímenes de lesa humanidad, así como por graves violaciones al art. 3º común a las IV Convenciones de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II. Uno de los crímenes específicos que se les imputó fue el “pillaje”, que se manifestó a través del saqueo de los recursos naturales, en especial la extracción compulsiva de diamantes. El Tribunal determinó que las acciones de saqueo configuraron la constitución de una empresa criminal conjunta⁸⁰.

⁷⁸ Ver *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 de junio de 2000, párrs. 18, 19, 22, 24, 26. Disponible en http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf [Consulta 12 de mayo de 2011].

⁷⁹ Ver *Le Procureur c/ Dusko Tadic*. Arrêt 1999, párrs. 119 a 126. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf>. [Consulta 12 de mayo de 2011].

⁸⁰ “Prosecutor v. Sesay”, *Kallón and Gbao* (2008). Disponible en <http://www.scsl.org/CASES/ProsecutorvsSesayKallonandGbaoRUFCase/tabid/105/Default.aspx> [Consulta 15 de mayo de 2011].

c) Corte Penal Internacional

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) se sanciona por primera vez de manera independiente el daño al medio ambiente durante un conflicto armado (art. 8(2)(b)(iv))⁸¹. Recordemos que el Estatuto del Tribunal Penal de la ex Yugoslavia no facultaba de manera directa para perseguir judicialmente a quienes han cometido crímenes que afectaran el medio ambiente sino de una forma incidental como hemos expresado en este trabajo. También en el Estatuto del Tribunal Penal para Rwanda existía realmente un vacío jurisdiccional sobre las violaciones a la seguridad medioambiental⁸².

El Fiscal de la CPI presentó una situación ante la Corte imputando al presidente de Sudán Omar Hasan Ahmad Al-Bashir por actos de genocidio (art. 6 (c)) dado que sometió a los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa a condiciones de vida extremas para lograr su destrucción física. Estas condiciones son el resultado de una serie de acciones cuya finalidad ha sido la degradación del medio ambiente y destrucción de los ecosistemas. Los actos consistieron en la destrucción, contaminación o envenenamiento de las fuentes de agua, la matanza de ganado y la contaminación de las tierras aptas para sembradíos. Si bien la sala preliminar de la CPI libró la orden de arresto contra el Presidente de Sudán, la mayoría de los jueces desestimó, en este caso, la imputación del crimen de genocidio. Sin embargo no dejaron de destacar que la degradación ambiental puede ser un elemento en la configuración del crimen de genocidio⁸³.

La sala preliminar I de la CPI, en la situación de la República Democrática del Congo, en el caso “El Procurador v. Callixte Mbarushimana”, resolvió librar la orden de arresto contra Mbarushimana líder de las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda, por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Entre los crímenes de guerra que se le imputan se encuentra la destrucción de bienes, en la provincia de Nord-Kivu, comprendidos bienes materiales tales como la afectación al medio ambiente⁸⁴.

⁸¹ Art. 8. Crímenes de guerra. 2.b.iv: “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea”.

⁸² Rwanda sufrió graves daños ambientales a consecuencia de ciertos métodos llevados a cabo durante las hostilidades, como por ejemplo: el minado de las tierras para evitar que fueran cultivadas y obligar de esta forma al desplazamiento de la población y limitar su posibilidad de obtener alimentos. El minado indiscriminado de diversos lugares para evitar que las etnias perseguidas pudieran encontrar un lugar donde guarecerse y esto no sólo provocó numerosas víctimas sino también puso en peligro la existencia de varias especies animales entre ellas el gorila de montaña que habita en el Parque Nacional de los Volcanes.

⁸³ “Prosecutor v. Omar Al-Bashir”, ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 4 march 2009, paragraph 93. Disponible en:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf> [Consulta 20 de mayo de 2011].

⁸⁴ *Situation en Republique Democratique du Congo, Affaire Le Procureur c/Callixte Mbarushimana*, Mandat d’arrêt à rencontre de Callixte Mbarushimana, 28 septembre 2010.

V. CONCLUSIONES

En el análisis del desarrollo de la protección del medio ambiente podemos en primer lugar, determinar que la necesidad de considerarlo como un bien jurídicamente protegido es relativamente reciente dentro del Derecho Internacional Público, de la protección de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

A lo largo de este trabajo hemos tratado de indicar que existe un cuerpo normativo, que se va ampliando a través del tiempo y que brinda protección a los recursos naturales en situaciones de no conflicto. También destacamos que crece dentro de la comunidad internacional una conciencia ecológica ante la realidad que los daños que sufra el medio ambiente, tendrán efectos universales y las soluciones que requieren deberán ser mancomunadas.

Cuando exploramos las consecuencias que producen los conflictos armados en las sociedades hemos observado que originariamente la mayor preocupación estaba centrada en la protección de los individuos como víctimas del conflicto, pero en los últimos años la degradación del medio ambiente ha cobrado relevancia, en especial cuando se procura reconstruir las sociedades seriamente afectadas por el conflicto. Sin embargo existen aún en el Derecho Internacional Humanitario, ambigüedades, lagunas y poca claridad en precisar el daño ambiental.

En el ámbito jurisdiccional, ha sido realmente valioso incorporar la posibilidad de sancionar los crímenes perpetrados contra la seguridad ambiental. Pero tampoco en este ámbito, aún, se ha logrado superar las limitaciones impuestas por la estrecha regulación sobre la protección del medio ambiente durante los conflictos armados.

Sería razonable que, hasta contar con un cuerpo normativo específico de protección en los conflictos armados, se recurriera a la aplicación interactiva y sin compartimentos estancos, de las normas del Derecho Ambiental, de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario para aquellas situaciones que provoquen graves daños al medio ambiente.

Las consecuencias de la destrucción de los recursos naturales, la situación de desprotección de las poblaciones civiles y la violación del derecho humano a gozar de un ambiente sano y adecuado no terminan, en la mayoría de los casos, cuando cesan las hostilidades. Por lo tanto, la convergencia de todas las normas protectoras debe ser una necesidad imperiosa en pos de lograr una paz duradera.

LAS LÁGRIMAS DE ZEUS, LA PRUDENCIA DE ATENEA:
NORMAS HUMANITARIAS, FUENTES HISTÓRICAS
Y EL RECONOCIMIENTO DE UN ‘DERECHO
INTERNACIONAL’ EN EL MUNDO GRIEGO ANTIGUO

Por EMILIANO J. BUIS*

ἐνθά κ' ἐπι μείζων τε καὶ ἀργαλεώτερος ἄλλος πᾶρ Διὸς ἀθανάτοισι
χόλος καὶ μῆνις ἐτύχθη, εἰ μὴ Ἀθήνη πᾶσι περιδείσασα θεοῖσιν
ῶρτο διέκ προθύρου, λίπε δὲ θρόνον ἐνθα θάασσε,
τοῦ δ' ἀπὸ μὲν κεφαλῆς κόρυθ' εἴλετο καὶ σάκος ὤμων,
ἐγχος δ' ἔστησε σπιβαρῆς ἀπὸ χειρὸς ἑλοῦσα
χάλκεον ἢ δ' ἐπέεσσι καθάππετο θοῦρον Ἄρηα¹

Y entonces habrían surgido entre los inmortales una ira aún mayor y una cólera más dolorosa por obra de Zeus, de no ser porque Atenea, muy temerosa por todos los dioses, se lanzó por el vestíbulo abandonando el trono en el que se hallaba, le arrebató el casco de la cabeza y el escudo de los hombros y le sacó de la robusta mano la lanza de bronce, increpando con palabras al impetuoso Ares.

HOMERO, *Iliada* XV, 123-127¹

INTRODUCCIÓN²

Suele ser habitual que los historiadores del mundo antiguo perciban el mundo griego clásico como un espacio anárquico de violencia desmedida, de

* Profesor Adjunto Regular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos de Lengua y Cultura Griegas de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Investigador del CONICET. Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Coordinador del Grupo de Trabajo sobre Derecho Griego Arcaico y Clásico y sus Proyecciones (DEGRIAC) en el Instituto de de Investigaciones en Historia del Derecho (INHIDE). Fellow (2012-2013) del Center for Hellenic Studies, Harvard University.

¹ Las ediciones originales citadas de los textos clásicos están consignadas en cada caso. Salvo indicación en contrario, los resaltados en las citas y las traducciones del griego y del latín a lo largo del trabajo me pertenecen.

² Este trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el marco del Programa de Posdoctorado de la Facultad de Derecho de la UBA, bajo el título “*Pólemos dikaios*. El empleo de la fuerza y la regulación jurídica de los conflictos armados en el derecho ‘común’ de

falta de controles y de hostilidades frecuentes. La habitualidad del fenómeno de la guerra, en esta opinión casi unánime, se explicó por la falta absoluta de normas de tipo jurídico que restringieran o limitaran la conducción de los ejércitos en lucha con otras comunidades vecinas o incluso dentro de su propio territorio. En mi opinión, esta lectura, retomada de autor en autor, parte de una selección discrecional y parcial de los testimonios griegos (literarios y epigráficos). Se impone, por lo tanto, una revisión directa de las fuentes históricas desde una lectura sustentada en el fenómeno del Derecho. Este artículo propone, entonces, iniciar un replanteo de la perspectiva de análisis, proyectando un examen jurídico del problema, a los efectos de sugerir que, en rigor de verdad, el mundo helénico de los siglos V y IV a.C. contaba con verdaderas normas de Derecho aplicables a los conflictos armados.

El propósito del trabajo radica en mostrar, a partir de un análisis interdisciplinario que haga confluír la reflexión jurídica con los aportes de la filología y la historia, que la presencia de fuentes que mencionan un “derecho común” de las ciudades griegas permite pensar en un antecedente de la práctica de los Estados modernos y sugerir la presencia de una base consuetudinaria arcaica y de raíces antiguas que podrían servir de origen a algunas normas jurídicas actuales de Derecho Internacional en materia de *ius in bello*. En términos más generales, se considera aquí que el ejemplo de la antigüedad griega contribuye a dar cuenta de prácticas inmemoriales que, al presente, pueden conllevar una conciencia de obligatoriedad; por lo tanto, su estudio permitiría echar luz respecto de la discusión teórica actual en torno de la prueba de la existencia de normas consuetudinarias (de naturaleza imperativa o dispositiva) que al día de hoy siguen vinculando a la comunidad de Estados en su conjunto, independientemente de los tratados de los que cada uno de ellos pueda ser o no ser parte.

I. ¿UN DERECHO INTERNACIONAL ‘HISTÓRICO’?

El interés que puede despertar el análisis de un ordenamiento legal fundado en criterios históricos es evidente, sobre todo si se parte de la concepción

las ciudades griegas de época clásica” (2011-2013). Por lo demás, también corresponde a las tareas realizadas dentro del Proyecto de Investigación DECYT que dirigí sobre “Orígenes y Proyecciones de la noción de ‘guerra justa’ en el derecho internacional: una aproximación histórico-jurídica al *ius ad bellum*” (DCT1007), así como del Proyecto UBACyT 20020100300082 «Personalidades conflictivas: aportes para una (de)construcción de la noción de ‘sujeto’ en el Derecho Internacional» (Categoría de Jóvenes Investigadores), aprobado y financiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires (Programación Científica 2011-2014). Una versión previa de este artículo, mucho menos desarrollada, fue presentada como ponencia en el Primer Coloquio de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, organizado por el Centro de Estudios de Derechos Humanos (CEDH) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Azul, 28 de noviembre de 2009).

de que el derecho es una construcción social dinámica³. Las particularidades de las normas jurídicas positivas vigentes, en una determinada época, no pueden ser aprehendidas sin un adecuado estudio de sus relaciones con la sociedad en la que se insertan. Por ello, una aproximación evolutiva del fenómeno del Derecho, capaz de tener en cuenta la variable cronológica, es fundamental para concebir su verdadera naturaleza en el marco de cada coyuntura socio-política.

En el caso del Derecho Internacional, estas reflexiones, un tanto relegadas, han resultado particularmente interesantes en las últimas décadas, y una serie de estudios y monografías, publicadas mayormente en el contexto doctrinario europeo, han abierto la discusión acerca de la necesidad de consolidar un pensamiento diacrónico que sea capaz de explicar la evolución del Derecho Internacional⁴. Tratándose de una rama en permanente evolución y signada en

³ Se sigue en estas consideraciones a KOLB, Robert, *Esquisse d'un droit international public des anciennes cultures extra européennes*, Paris, Pedone, 2010, ps. 20-21, quien traduce y retoma los lineamientos esbozados por PREISER, Wolfgang, *Frühe völkerrechtliche Ordnungen der aussereuropäischen Welt. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts*, Wiesbaden, Steiner, 1976, para afirmar que la importancia del estudio de la historia del Derecho Internacional es triple. Por un lado, permite advertir las motivaciones profundas de las normas haciendo explícitas sus fuentes materiales. En segundo lugar, permite reflexionar acerca de las técnicas del derecho comparado y concluir que las soluciones que un ordenamiento jurídico brinda no son las únicas posibles respuestas. Finalmente, señala la contingencia y la relatividad de las regulaciones jurídicas de una época dada.

⁴ Para una visión acerca de la historia del Derecho Internacional como objeto de estudio reciente, incluyendo el periodo clásico, ver REDSLOB, Robert, *Histoire des grands principes du droit des gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Paris, Rousseau, 1923; VERZIJL, Jan Hendrik Willem, *International Law in Historical Perspective*, vol. I, Leiden, Martinus Nijhoff, 1968; GREWE, Wilhelm G., *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984; TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1998; HUECK, Ingo, "The Discipline of the History of International Law", *Journal of the History of International Law* 3, 2001, ps. 194-217; LAGHMANI, Slim, *Histoire du droit des gens: du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003; GAURIER, Dominique, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, PUR, 2005; y RENAUT, Marie-Hélène, *Histoire du droit international public*, Paris, Ellipses, 2007. Una perspectiva interesante es la ofrecida por Martti KOSKENNIEMI en su obra *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, University Press, 2001, en la que fundamenta que el origen intelectual del moderno Derecho Internacional debe hallarse en el esprit d'internationalité que, desde un movimiento liberal, inspiró el nuevo pensamiento de los expertos entre 1869 y 1885 (en algunos puntos se distancia en parte de los argumentos presentados antes en KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, University Press, 1989). En este sentido Koskenniemi representa un punto de inflexión en la teorización histórica del Derecho Internacional, como ha sostenido GALINDO BANDEIRA, George Rodrigo, "Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law", *EJIL* 16.3, 2005, ps. 539-559. Otro autor como ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, University Press, 2005, también ha marcado un hito al proponer la fundación del Derecho Internacional en el periodo de colonización hispánica del Nuevo Mundo, acompañada de la discusión teórica surgida en los debates de la escolástica española. Para un planteo amplio y abarcativo de la historiografía del Derecho Internacional, puede leerse también LESAFFER, Randall, "International Law and its History: The Story of an Unrequited Love", en CRAVEN, Matthew, Malgosia FITZMAURICE y Maria VOGIATZI (eds.) *Time, History and International Law* (Developments in International Law, vol. 58), Leiden & Boston, Brill, 2007, ps. 27-41.

la actualidad por una serie de propuestas de cambio, las normas que lo integran requieren ser analizadas a lo largo de los siglos para advertir sus primeras manifestaciones e indicios.

De hecho, si se comprende que el Derecho Internacional es un sistema complejo de normas jurídicas destinadas a la regulación de las relaciones que fundamentalmente se dan entre sus sujetos (en esencia, el Estado como centro primordial de imputación de normas, el único con capacidad plena para adquirir derechos y contraer obligaciones en su ámbito), parece claramente falsa la postura que sostiene que la antigüedad clásica no conocía en detalle la funcionalidad específica y la importancia relativa de regular en derecho las conductas entre distintas comunidades o ciudades-Estado⁵.

No pretendo con esta afirmación propiciar la existencia en el mundo antiguo de un Derecho Internacional semejante a aquel que rige en la actualidad tras la Paz de Westfalia de 1648, cuyos tratados de Münster y Osnabrück establecieron por primera vez en un texto normativo internacional el principio de la igualdad jurídica entre Estados soberanos y autónomos. Como intentaré demostrar, sin embargo, los pueblos antiguos, con sus particularidades, ya conocían la procedencia de diversas fuentes de derecho capaces de generar efectos jurídicos en los vínculos desarrollados fuera de los límites de su propio territorio.

Las opiniones que sustentaron, durante gran parte de los últimos dos siglos, un rechazo tajante de la existencia de normas jurídicas internacionales en el mundo premoderno suelen retrotraerse a los trabajos de François Laurent, un doctrinario luxemburgués (1810-1887), autor de una obra de dieciocho volúmenes publicada en París entre 1855 y 1878 bajo el título *Histoire du droit des gens et des relations internationales*⁶. Como parte de su monumental trabajo para redactar una *Histoire de l'humanité*, Laurent escribió tres tomos referidos a Oriente, Grecia y Roma, a los efectos de afirmar la inexistencia de regulaciones internacionales en el mundo antiguo. Sus argumentos, que enseguida cobraron fuerza entre sus seguidores, apuntaban a mostrar que en la antigüedad los pueblos se encontraban en un estado falsamente llamado 'natural', en el que existía una guerra de todos contra todos y en el que el más fuerte tenía el poder: ello implicaba la imposibilidad de que se generase un verdadero derecho

⁵ Sin pretender aquí desarrollar las similitudes que pueden establecerse entre los Estados —entendidos en términos modernos— y las *pólis* griegas, baste mencionar que las ciudades clásicas de la Grecia continental e insular poseían territorio, población y órganos de gobierno que las volvían soberanas e independientes. Acerca de la naturaleza jurídica de las distintas ciudades y su vinculación en una suerte de ordenamiento jurídico internacional, ver MARTIN, Victor, *La vie internationale dans la Grèce des cités (VIe-IVe s. av. J.-C.)*, Genève & Paris, Recueil Sirey, 1940; EHRENBERG, Victor, *The Greek State*, London, Methuen, 1969, ps. 103 ss; FOUCHARD, Alain, *Les États grecs*, Paris, Ellipses, 2003, y LONIS, Raoul, *La cité dans le monde grec*, Paris, Nathan, 2007.

⁶ El libro fue traducido al español y publicado en Madrid (*Historia del derecho de gentes y de las relaciones internacionales*) en 1887.

de gentes⁷. La falta de una idea de humanidad (y por lo tanto de un derecho universal)⁸ o la ausencia del reconocimiento de la igualdad y fraternidad como nociones capaces de fundar una ciencia del Derecho Internacional⁹ constituían para él fundamentos de peso para considerar imposible hablar de un plano normativo que regulara las relaciones entre distintos pueblos ‘primitivos’¹⁰.

Es preciso sostener, en cambio, que pretender el reconocimiento de una igualdad soberana entre Estados de modo similar a la que sustenta las relaciones internacionales actuales, desde un punto de vista teórico, implica proyectar una conceptualización moderna del Derecho Internacional a otros contextos históricos y culturales, fundados en patrones claramente diferentes. Mi opinión es que, si bien no hubo un plano universal de equilibrio entre las comunidades políticamente organizadas del mundo antiguo, ello no permite negar la existencia de relaciones *inter potestates*, de vínculos interestatales ni la implementación de vínculos diplomáticos o de políticas destinadas mayormente a negociar acuerdos en cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la guerra o la paz¹¹. Por lo demás, no es posible negar que haya habido una conciencia muy clara en la antigüedad acerca de la conveniencia de preservar e impulsar dichas relaciones, así como la importancia de asegurar mediante embajadas y una buena política exterior la preservación de las fronteras o incluso la expansión territorial¹².

⁷ LAURENT, François, op. cit. (1887), t. I, p. 15.

⁸ LAURENT, François, op. cit. (1887), t. I, p. 130.

⁹ LAURENT, François, op. cit. (1887), t. III, p. 328.

¹⁰ Esta posición escéptica sigue siendo ampliamente difundida en la doctrina. ECKSTEIN, Arthur M., *Mediterranean Anarchy, Interstate War, and the Rise of Rome*, Berkeley, University of California Press, 2006, p. 37, por ejemplo, sostiene en la actualidad que las ciudades-Estado griegas antiguas existían en un mundo que carecía esencialmente de Derecho Internacional. El resultado, en su visión, era una constelación de sociedades pesadamente militarizadas y diplomáticamente agresivas entre las cuales la guerra era algo común. Dado que se trataba de un mundo sumido en la anarquía bajo la definición formal, es imposible para él hablar de pautas jurídicas de comportamiento.

¹¹ En otro trabajo se ha intentado demostrar que en la antigüedad grecorromana también es posible encontrar variados testimonios que instalan por escrito un balance entre las partes de los tratados. Sin embargo, tanto en aquellas circunstancias como aun en la actualidad, se trata muchas veces de un discurso característico del Derecho Internacional que se sustenta intencionalmente en la “igualdad soberana” como valor y como principio y que, bajo ese velo, pretende ocultar una profunda subjetividad que ampara a los grandes actores internacionales en la imposición de regulaciones que los favorecen o cuya interpretación controlan. Cf. BUIS, Emiliano J., “Sobre gnomos y gigantes: Los tratados grecorromanos y la igualdad soberana de los Estados como ficción histórico-jurídica”, *Lecciones y Ensayos* 89, 2012 (en prensa).

¹² Tal vez pueda ser criticado en nuestro planteo que postulemos identificar este ordenamiento jurídico antiguo en términos de un derecho “internacional”. Algunos autores postulan que la expresión “derecho internacional” debería ser reemplazada históricamente por otros conceptos más adecuados al contexto premoderno: “The very concept of ‘international’ must be carefully applied to or projected on to the past. The concept of inter-cultural, inter-religious, trans-cultural, trans-religious, or trans-civilizational may be more appropriate to express relations between the politico-religious entities under the rule of politico-military-religious leaders in the pre-modern days” (ONUMA, Yasuaki, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Leiden & Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 277). A lo largo de este trabajo, es cierto,

Esta constatación fue llevada a cabo por varios autores a lo largo del siglo XX, tales como Phillipson¹³ Bickerman¹⁴ o, más recientemente, Bederman¹⁵, todos los cuales reconocen en el mundo grecorromano la vigencia de ciertas instituciones propias de lo que hoy conocemos como Derecho Internacional¹⁶. Para estos expertos, juristas e historiadores, advertir los distintos modos de contacto entre las civilizaciones antiguas —explorando sus disposiciones en materia de relaciones diplomáticas, conducción de hostilidades o tratamiento de extranjeros— permite complementar un análisis del Derecho en sentido estricto con una dimensión filosófica y antropológica de la justicia y sus manifestaciones concretas en los vínculos con las otras comunidades organizadas¹⁷.

Contrariamente a la tesis negacionista, para esta corriente de pensamiento examinar los antecedentes de una disciplina como el Derecho Internacional constituye, pues, un modo de acceso innovador para encarar cabalmente el análisis de las normas positivas en un período histórico determinado. A partir del cruce entre Derecho e Historia, en el examen de las civilizaciones anti-

se recurrirá con más frecuencia a expresiones como “derecho común de los griegos”, “derecho *inter-póleis*” o “derecho intra-helénico”. Sin embargo, comparto la lectura que propone Lafont al discutir en un trabajo reciente la existencia de relaciones internacionales en el Cercano Oriente Antiguo. Él afirma, teóricamente, que las expresiones que hoy utilizamos pueden ser metodológicamente inapropiadas en aquel contexto pero resultan cómodas, explícitas y fáciles de reemplazar: “Et l’on verra que les notions d’ambassade, d’immunité diplomatique, d’usages protocolaires, de traité négocié, de droit international, de souveraineté, d’équilibre entre puissances, etc., ne sont peut-être pas, en réalité, si anachroniques que cela quand on les utilise dans le contexte de l’histoire ancienne du Proche-Orient, même si elles n’ont bien sûr jamais été conceptualisées ni catégorisées en tant que telles” (LAFONT, Bertrand, “Culture et diplomatie dans le Proche-Orient du I^{er} millénaire avant notre ère: les prémisses d’un système de relations internationales”, en BOUINEAU, Jacques (dir.), *Droit international et antiquité. Aspects culturels*, Paris, L’Harmattan, 2011, ps. 12-13). Por supuesto, es imprescindible en todo caso un trabajo minucioso con las fuentes para descubrir la terminología presente en los documentos antiguos, como propongo en este artículo.

¹³ PHILLIPSON, Coleman, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, vols. I-II, London, Macmillan, 1911.

¹⁴ BICKERMAN, Elias J., “Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique”, *RIDA* 4, 1950, ps. 99-127.

¹⁵ BEDERMAN, David J., *International Law in Antiquity*, Cambridge, University Press, 2001.

¹⁶ En nuestro país, es preciso destacar el original (y poco conocido) trabajo de RUIZ MORENO, Isidoro, *El derecho internacional antes de la Era Cristiana*, Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 1946, quien incluso sintetizó las aportaciones teóricas previas y las categorizó como afirmacionistas, negacionistas o eclécticas según su tendencia a considerar la existencia de un Derecho Internacional antes de la era cristiana. Acaba de publicarse un nuevo volumen colectivo dirigido por BOUINEAU, Jacques, op. cit. (2011) sobre la temática, texto que —a pesar de su título abarcativo— no incluye trabajos concretos sobre el mundo griego antiguo.

¹⁷ KACZOROWSKA, A., *Public International Law*, London, Old Bailey, 2002, p. 1, sostiene que “it is impossible to fix a precise date or a period in history to mark the beginning of international law as it predates recorded history! It began when a politically organized group came into contact with another group and was prepared to treat that group as equal and, at the same time, felt the need to develop a system of rules to regulate their relations. Evidence of rules and procedure regarding international law dates back over 5,000 years”.

guas sería posible repensar el objeto de estudio desde una visión diacrónica y comparativa, capaz de despertar el espíritu crítico sobre las primeras manifestaciones del derecho de gentes y alertar acerca del anclaje coyuntural de una construcción jurídica *inter nationes*¹⁸.

Partidario de esta segunda corriente de lectura, por mi parte, me parece difícil negar que la negociación de acuerdos entre diversas ciudades-Estado o unidades políticas haya constituido un mecanismo eficaz para regular la pluralidad de relaciones económicas y comerciales que se desarrollaban en torno de la Mesopotamia o del Mar Mediterráneo. En efecto, ya en el marco de las profusas relaciones interestatales que se vislumbran entre los pueblos del Cercano Oriente o entre las *póleis* griegas, se halló siempre una necesidad de recurrir a instrumentos escritos y a costumbres inmemoriales con el objeto de fijar las reglas de conducta esperadas de buena fe y, fundamentalmente, de controlar las acciones de aliados o eventuales enemigos mediante la determinación de pautas de comportamiento previsibles¹⁹. Sin embargo, a diferencia de los historiadores del Derecho que se encargan de mencionar la importancia de esas regulaciones pero se abstienen de recurrir a los documentos originales, considero que solamente es posible entender con precisión la naturaleza de las normas jurídicas antiguas a través de una revisión de las fuentes primarias, muchas de las cuales se refieren de modo teórico a la percepción que tenían estos mismos pueblos antiguos respecto de la naturaleza y los alcances de su propio “Derecho Internacional”²⁰.

Aludir brevemente al ejemplo romano, creo, puede ser útil en términos comparativos, para que sea posible luego orientar nuestro artículo al estudio de fuentes griegas, mucho menos frecuentadas en los estudios históricos del Derecho²¹. En efecto, los romanos concebían con claridad la distinción entre un *ius civile*, aplicable a las relaciones entre ciudadanos, y un *ius gentium* que contenía disposiciones que regulaban las relaciones entre romanos y extranjeros, o incluso aquellas que se daban entre Roma y el resto de las poblaciones —veci-

¹⁸ Comparto aquí el análisis esbozado por KOSKENNIEMI, Martti, “Why History of International Law Today?”, *Rechtsgeschichte* 4, 2004, ps. 61-66.

¹⁹ A esta conclusión llega, tras analizar testimonios referidos a los modos de adquisición territorial en la antigüedad griega, CHANIOTIS, Angelos, “Justifying Territorial Claims in Classical and Hellenistic Greece: The Beginnings of International Law,” en HARRIS, Edward y Lene RUBINSTEIN (eds.), *The Law and the Courts in Ancient Greece*, London, Duckworth, 2004, ps. 185-228.

²⁰ Estas premisas metodológicas han sido expuestas recientemente en BUIS, Emiliano J. op. cit. (2012) respecto de la temática específica de los tratados suscritos en el mundo antiguo. No abundo aquí, por lo tanto, en el desarrollo del planteo.

²¹ Esto se explica, claramente, por la tradición de los estudios iushistóricos que (como sucede en nuestro país) encuentran el origen mediato de las instituciones vigentes en el sistema de derecho continental actual en las soluciones de los juristas romanos recopiladas por los expertos bizantinos en tiempos de Justiniano.

nas o apartadas del Mediterráneo— con las que entraba en contacto²². Quizás el mejor testimonio de cómo comprendían los propios romanos esta división entre las dos ramas del Derecho puede hallarse en un conocido pasaje de Gayo. Al comienzo de sus *Institutas* (quizás el primer manual para el estudio del derecho romano, que data de la segunda mitad del siglo II d.C.), el jurista explicaba que:

Todos los pueblos que están regidos por la ley y por la costumbre aplican en parte un derecho que les es propio y en parte un derecho común a todos los hombres. Pues el derecho que cada pueblo constituyó para sí mismo le es propio y se llama derecho civil (*ius civile*), casi como designando el derecho propio de la ciudad (*civitatis*). Pero lo que la razón natural estableció entre los hombres se observa igualmente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes (*ius gentium*), como designando el derecho que aplican todos los pueblos (*omnes gentes*). También el pueblo romano aplica, en parte, su propio derecho y en parte el derecho común a todos los hombres (*Institutas*, 1.1)²³.

Es interesante destacar que, en esta división sostenida por Gayo con un claro efecto didáctico, el *ius gentium* forma parte integrante del derecho aplicable por Roma y constituye un derecho “común” que, por su naturaleza, excede la normativa vigente en cada una de las ciudades²⁴. Resulta llamativo que se tratara de un ordenamiento cuyas normas eran creadas por la propia *urbs* (a través del pretor peregrino, magistrado encargado de impartir justicia fuera de

²² Cf. HEUSS, Alfred, *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig, Dieterich, 1933; FREZZA, Paola, “Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell’antico diritto romano”, *SDHI* 4 & 5, 1938-1939, ps. 363-428 & 161-201; ZIEGLER, Karl-Heinz, “Das Völkerrecht der römischen Republik”, *ANRW* I (2), 1972, ps. 68-114; ZACK, Andreas, *Studien zum Römischen Völkerrecht. Kriegserklärung, Kriegsbeschluss, Beeidung und Ratifikation zwischenstaatlicher Verträge, internationale Freundschaft und Feindschaft während der römischen Republik bis zum Beginn des Prinzipats*, Göttingen, Duehrkohp & Radicke, 2001; GROTKAMP, Nadine, *Völkerrecht im Prinzipat. Möglichkeit und Verbreitung (Studien zur Geschichte des Völkerrechts, 21)*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

²³ “Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur” (POSTE, Esward y Edward Arthur WHITTUCK [edd.], *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law*, with an historical introduction by A.H.J. Greenidge, Oxford, Clarendon, 1904)

²⁴ Cf. LOMBARDI, Gabrio, *Sul concetto di “ius gentium”*, Roma, Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Romano, 1947; KASER, Max, *Ius gentium*, Köln, Weimar & Wien, Böhlau, 1993. Por supuesto, este *ius gentium* estaba basado mayormente en el derecho fecial (es decir, en las determinaciones del collegium de los sacerdotes feciales, cuya aprobación se requería para declarar una guerra; cf. SAULNIER, Christiane, “Le rôle des prêtres fétiaux et l’application du ‘ius fetiale’ à Rome”, *Revue historique du droit français et étranger* 58, 1980, ps. 171 ss.). Ello hasta su fusión con el *ius civile* en el año 212 d.C. cuando la *Constitutio Antoniniana* del emperador Caracalla extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio. Acerca del “derecho internacional” romano, ver WATSON, Alan, *International Law in Archaic Rome. War and Religion*, Baltimore & London, Johns Hopkins University Press, 1993.

Roma o en casos en los que intervenían forasteros), con el propósito de legislar sus propias relaciones con poblaciones extranjeras; el *ius gentium* era, por tanto, una suerte de derecho común que, sin embargo, no se originaba en un acuerdo generado entre sujetos diferentes como resultado de la manifestación de voluntades concordantes. La expresión *ius gentium*, por cierto, aparece en una gran cantidad de pasajes²⁵ y en muchos de ellos se vincula con aspectos relacionados con las limitaciones en tiempos de guerra²⁶. Así, por ejemplo, en el *Digesto* de Justiniano se recopila una opinión de Pomponio que sostiene que “si alguien ha maltratado al enviado del enemigo, se estima que ello ha sido realizado contra el derecho de gentes (*contra ius gentium*), porque los enviados son considerados sagrados”²⁷.

En el marco de estas reflexiones, ¿sería posible pensar, *mutatis mutandis*, en una normativa “común”, vigente entre las ciudades-Estado, aplicable a los conflictos armados en el ámbito griego? La pregunta implica, en primer lugar, apartarse de las tendencias historiográficas que, durante décadas, han avanzado sobre el estudio del derecho helénico a partir del conocimiento previo del ordenamiento jurídico romano. Superar el anacronismo metodológico impuesto por la doctrina romanística implica estudiar las relaciones interestatales griegas bajo sus propios patrones y no bajo el influjo de categorías ajenas. Ello solamente es posible —estoy convencido— si se releva en los textos de la época la presencia de fuentes capaces de permitir pensar la existencia de una regulación jurídica de las relaciones entre las ciudades-Estado, concebida como derecho ‘común’ (*nómos koinós*) de los griegos, derecho *inter-póleis* o intra-helénico²⁸.

²⁵ Como se ocupa de relevar DOMINGO, Rafael, “The Ius Gentium, a Roman Concept”, en *The New Global Law*, Cambridge, University Press, 2010, ps. 1-11. En otro pasaje del *Digesto* se dice que Ulpiano sostenía que “...el derecho de gentes (*ius gentium*) es aquel por medio del cual los pueblos son regidos” (D. 1, 1, 3-4).

²⁶ El libro reciente de KINGSBURY, Benedict y Benjamin STRAUMANN (eds.), *The Roman Foundations of the Law of Nations. Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Oxford, University Press, 2010, que se encarga de señalar los antecedentes del Derecho Internacional en las interpretaciones del *ius gentium* romano, muestra de qué modo estas normas cobraron un renovado sentido en las discusiones teóricas que entablaron los juristas a lo largo del modernismo europeo (siglos XVI-XVII).

²⁷ D. 50,7,18. El *ius gentium* abarcaba un amplio espectro de regulaciones, que en definitiva cubre todo aquello que no estaba cubierto por las normas que integraban el *ius civile*: “A este derecho de gentes (*ius gentium*) corresponden la declaración de guerra, la separación entre pueblos diferentes, la fundación de reinos, la división de las propiedades, el hecho de poner límites a las tierras, la disposición de los edificios, el comercio, las compras, las ventas, ofertas y demandas de arriendo, las reglas que regulan las obligaciones, con excepción de las que hayan sido introducidas por el Derecho Civil (*a iure civili*)” (Hermogeniano, en D. 1,1,5). Es evidente que, en términos actuales, el concepto incluye disposiciones propias tanto de lo que llamamos Derecho Internacional Público (baste mencionar, por ejemplo, el *ius ad bellum* o los acuerdos fronterizos) como de lo que conocemos hoy como Derecho Internacional Privado (esto es, la regulación de las relaciones entre particulares en las cuales existe algún elemento foráneo, como las transacciones mercantiles entre romanos y extranjeros).

²⁸ Cf. FERNÁNDEZ NIETO, Francisco J., *Los acuerdos bélicos en la antigua Grecia*, vol. 1, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1975, p. 129, n. 1.

Así, se podrá analizar si, en materia de *ius in bello*, desde una óptica jurídica pueden identificarse disposiciones comunes que fijan los criterios de conducción de hostilidades de los ejércitos de las *póleis* clásicas, prestando especial atención a cuestiones vinculadas con la identificación de los combatientes y la protección de civiles, el tratamiento de prisioneros de guerra y soldados heridos, la inviolabilidad de edificios religiosos y locales que no reportan ventajas militares y la limitación en el empleo de armas que producen daños excesivos.

Con el relevamiento de las normas jurídicas griegas que refieren a un “derecho común” en materia de *ius in bello*²⁹, por lo demás, se puede reflexionar no sólo sobre la concordancia de prácticas entre las ciudades-Estado griegas, sino también acerca de la presencia de una conciencia de obligatoriedad (*opinio iuris*) respecto de las normas antiguas referidas a la conducción de hostilidades³⁰.

II. FUEGOS OLÍMPICOS, RUEGOS OLÍMPICOS: ¿DISPOSICIONES UNIVERSALES Y COMUNES?

La cosmovisión griega ha estado signada desde los tiempos más remotos por la naturalidad del fenómeno de la guerra (*pólemos*)³¹. Es indudable que, en el período legendario primitivo delineado por la épica del ciclo troyano, resultan frecuentes las referencias homéricas a la barbarie del enfrentamiento bélico: episodios sangrientos se van sucediendo en el relato a medida que el ejército argivo se opone a las fuerzas del rey Príamo en el noveno año del sitio de la ciudadela de Troya. No obstante, si bien es cierto que las fuentes que detallan las prácticas hostiles son numerosas, ello no implica que no sea posible también hallar, simultáneamente, otras referencias que dejan entrever un juego de regulaciones puntuales en materia de protección humanitaria. En el Olimpo, por cierto, estas tensiones son evidentes. De acuerdo a la representación que la

²⁹ Es decir, del Derecho Internacional Humanitario. En este trabajo se focalizará la atención, de modo casi excluyente, en esta rama del Derecho Internacional Público.

³⁰ ALONSO TRONCOSO, Víctor, “War, Peace, and International Law in Ancient Greece”, en RAAFLAUB, Kurt A. (ed.), *War and Peace in the Ancient World*, Oxford, Blackwell, 2007, ps. 206-225. Acerca de un planteo teórico que permite pensar la importancia de la adecuación de la costumbre a las distintas etapas de las relaciones internacionales, es posible partir de algunas reflexiones sentadas por ABI-SAAB, Georges, “La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté”, en *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, ps. 53-65.

³¹ Este es, sin duda, el término más frecuente para indicar el concepto de “guerra” en griego antiguo. Es importante también recordar que el vocablo *stásis*, utilizado frecuentemente en la literatura de la época para dar cuenta del malestar político y de las rebeliones en el interior de la *pólis*, suele remitir a lo que hoy se identifica como conflicto interno. Volveré sobre esta distinción más adelante en el trabajo. Sobre la compleja noción de *stásis* en la Atenas clásica, cf. LORAUX, Nicole, *La cité divisée*, Paris, Payot, 1997; PRICE, Jonathan J., *Thucydides and Internal War*, Cambridge, University Press, 2001, ps. 67 ss.; WOLPERT, Andrew, *Remembering Defeat: Civil War and Civic Memory in Ancient Athens*, Baltimore & London, Johns Hopkins University Press, 2002.

literatura construye de la relación entre los dioses, la disoluta pasión de Ares (el dios de la guerra) por arengar a griegos y troyanos al combate sangriento encuentra en la propia *Iliada* de Homero un límite concreto en las palabras y acciones de la diosa Atenea. Esta divinidad, nacida de la cabeza de Zeus con sus armas listas, es descrita en los versos de la obra como partidaria de un belicismo acotado y de cierta prudencia que terminan imponiéndose en reiteradas oportunidades frente al desenfreno materializado por las conductas de Ares³².

A pesar de esta y otras variadas referencias a ciertas tendencias humanitarias cuyos orígenes pueden retrotraerse hasta las civilizaciones más antiguas del Oriente³³, desde el estudio del derecho de los conflictos armados se ignoran frecuentemente las alusiones provenientes del mundo helénico. Se suele establecer que en las sociedades occidentales el comienzo de las consideraciones humanitarias dentro del contexto de las hostilidades se remonta recién a la generalización de los principios del cristianismo durante la Edad Media³⁴. Esto es lo que lleva a un autor como J. Pictet, uno de los comentaristas más avezados de los Convenios de Ginebra, a remarcar que —si bien la guerra es tan antigua como el planeta mismo— la historia griega se extiende a través de una serie de hitos que reproducen los actos inhumanos e incontrolables que ya se muestran en la guerra de Troya³⁵.

³² En efecto, Atenea expulsa a Ares del combate (V.29-36) y lo controla frecuentemente a lo largo de los cantos (V.855-867, XV.123-142, XXI.392-414). Acerca de una lectura del Derecho Internacional Humanitario como un contrapunto entre los valores alegóricos que representaban en el panteón olímpico Ares y Atenea, puede consultarse DURHAM, Helen, "International Humanitarian Law and the Gods of War: the Story of Athena versus Ares", *Melbourne Journal of International Law* 8, 2007, ps. 248-258. Acerca de las convenciones de la guerra en la época homérica, puede leerse KARAVITES, Peter, *Promise- Giving and Treaty-Making. Homer and the Near East*, Leiden, New York & Köln, Brill, 1992, ps. 157 ss.

³³ Se piensa aquí, por ejemplo, en las leyes de Hammurabi en Babilonia, que determinaban una serie de criterios destinados a evitar que los débiles fuesen oprimidos por los poderosos. Textos como el *Mahabharata*, la *Biblia* o el *Corán* consolidan todos la necesidad de respetar al adversario y tratarlo con humanidad. En China, *El Arte de la Guerra*, de Sun Tsu (del s. VI d.C.) o en India el tratado sánscrito de *Manu Sriti*, posiblemente escrito entre el 200 a.C. y el 200 d.C. prohibían de modo terminante el asesinato de los prisioneros de guerra y establecían pautas precisas para limitar el armamento capaz de ocasionar daños excesivos en el ejército contrario; cf. LEVIE, Howard S., "History of the Law of War on Land", *IRRC* 839, 2000, ps. 339-340.

³⁴ Cf. MERON, Theodor, "Medieval and Renaissance Ordinances of War: Codifying Discipline and Humanity", en *War Crimes Comes of Age. Essays*, Oxford, OUP, 1998, ps. 1-10. En idéntico sentido se expresa KWAKWA, Edward K., *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht, Boston & London, Kluwer, 1992, p. 9: "The current rules on armed conflicts have their roots in the practices of belligerents in the Middle Ages". Es preciso afirmar que, al sostener esta idea, el autor está pensando en los trabajos seminales de Hugo Grocio. Considero, sin embargo, que en este punto existe un problema metodológico, dado que el desarrollo científico del estudio de una disciplina (en este caso el DIH) no debe ser confundido con el comienzo de la práctica misma, que lógicamente preexiste a su teorización.

³⁵ PICTET, Jean, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Institut Henry-Dunant & Pedone, Genève & Paris, 1983, p. 16.

Un aspecto planteado por estos teóricos debe al menos ser reconocido: la pasión de las ciudades-Estado griegas por la guerra dio pie a un desarrollo bélico de relevancia³⁶.

Dado que con frecuencia estas *póleis* se enfrentaban entre sí, suele encontrarse una aspiración permanente hacia la preservación de una fuerza militar considerable. Los conflictos armados, por ende, eran una de las funciones principales a cargo de la ciudad-Estado³⁷. Junto con otras *póleis*, Atenas por ejemplo participó de numerosos enfrentamientos e intervino en un conflicto armado contra los persas que se extendió por más de cuarenta años (esto es, de 520 a 479 a.C.). Poco después, los atenienses combatieron contra los espartanos y otras ciudades de menor desarrollo en la llamada Guerra del Peloponeso (431-404 a.C.), que para muchos representó uno de los primeros signos de decadencia de la civilización griega clásica. La ubicuidad del fenómeno de la guerra durante el período clásico (siglos VI-IV a.C.), que es indiscutible, no implica sin embargo una falta de regulación absoluta.

Para entender el carácter institucional del despliegue bélico, es preciso comenzar identificando la presencia de rituales sociales referidos a la guerra: me refiero a una serie de formalidades que van desde el servicio militar de los jóvenes *épheboi*³⁸ hasta la organización militar ateniense por parte de diez generales (*stratēgoi*) o la composición del ejército en batallones o *táxeis* (bajo el control de un taxiarca). Las fuerzas armadas atenienses, del mismo modo que sucedía en otras ciudades, se fundaban en la existencia de un soldado de infantería pesadamente armado, llamado hoplita (*hoplites*)³⁹. El concepto de falange (*phalanx*) —una formación rectangular de soldados que avanzaban juntos

³⁶ PRITCHETT, William Kendrick, *The Greek State at War*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles & London, 1974; GARLAN, Yvon, *La guerre dans l'antiquité*, Nathan, Paris, 1972.

³⁷ ADCOCK, Frank E., *The Greek and Macedonian Art of War*, University of California Press, Berkeley, 1957. En el mismo sentido se expresa RAWLINGS, Louis, *The Ancient Greeks at War*, University Press, Manchester, 2007.

³⁸ Cf. VIDAL-NAQUET, Pierre, *Le chasseur noir: formes de pensée et formes de société dans le monde grec*, La Découverte, Paris, 1991, ps. 123-207.

³⁹ Cf. WINDROW, Martin, *The Greek Hoplite*, Franklin Watts, New York, 1985. Sobre las discusiones acerca de su origen, SAGE, Michael M., *Warfare in Ancient Greece: A Sourcebook*, Routledge, London & New York, 1996, p. 27. Con respecto a la conocida como “revolución hoplita”, a comienzos del siglo VII a.C. puede consultarse DUCREY, Pierre, “The Hoplite Revolution”, en *Warfare in Ancient Greece*, Schocken, New York, 1986, ps. 45-79. Sobre la importancia de los hoplitas para la *pólis*, ver CARTLEDGE, Paul, “Hoplites and Heroes: Sparta's contribution to the technique of ancient Warfare”, *JHS* 97, 1997, ps. 11-27; SALMON, John, “Political Hoplites?”, *JHS* 97, 1977, ps. 84-101; HOLLADAY, A. “Hoplites and Heresies”, *JHS* 102, 1982, ps. 94-103; CAWKWELL, George L., “Orthodoxy and Hoplites”, *CQ* 39, 1989, ps. 75-389; y MITCHELL, Stephen, “Hoplite warfare in ancient Greece”, en LLOYD, Alan B. (ed.), *Battle in antiquity*, Duckworth, Classical Press of Wales, London, 1996, ps. 87-105. Contra, cf. KRENTZ, Peter, “Fighting by the Rules: The Invention of the Hoplite Agon”, *Hesperia* 71, 2002, ps. 23-39, quien sostiene que la ideología hoplítica tan sólo se desarrolló durante el siglo V a.C.

con lanzas y escudos— se vincula con el armamento hoplítico⁴⁰ y muestra el grado de organización táctica a la hora de conducir las hostilidades⁴¹. Con la implementación del combate mediante falanges, la batalla se convirtió en un verdadero teatro de operaciones, que exigía un ensayo previo; estaba profundamente reglamentado⁴² y previsto en un orden preestablecido⁴³. Desde este lugar, es posible imaginar el despliegue de las fuerzas armadas enemigas como una competencia ritualizada, de fuerzas equilibradas. Las potencias enemigas se enfrentaban del mismo modo en que los litigantes ofrecían sus alegatos ante los tribunales o los actores actuaban sus roles en el teatro, en un verdadero combate discursivo o *agón* ritualizado⁴⁴. Y en esta “Greek way of war”, la performance bélica se complementa estructuralmente con el respeto de normas jurídicas concretas⁴⁵. Tal como fue dicho, lejos de marcar que las relaciones entre comunidades políticas helénicas se estructuraban exclusivamente en torno de mecanismos no controlados de imposición física del poder, una serie de estudios actuales se han ocupado precisamente de revalorizar la compleja naturaleza de las relaciones interestatales en el mundo griego y proyectar sus

⁴⁰ Al respecto, ver SNODGRASS, Anthony M., “The Hoplite Reform and History”, *JHS* 85, 1965, ps. 110-122 y HANSON, Victor Davis, “Hoplite Technology in Phalanx Battle”, en HANSON, Victor Davis (ed.), *Hoplites: The Classical Greek Battle Experience*, Routledge, London & New York, 1991, ps. 63-84. También puede consultarse, al respecto, el texto de VAN WEES, Hans, “The Homeric Way of War: The Iliad and the Hoplite Phalanx”, *Greece & Rome* 41, 1994, ps. 1-18 & 131-155.

⁴¹ Cf. DETIENNE, Marcel, “La phalange: problèmes et controverses”, en VERNANT, Jean-Pierre (ed.), *Problèmes de la guerre en Grèce ancienne*, Mouton, Paris & La Haye, 1968, ps. 119-142.

⁴² OBER, Josiah, “The Rules of War in Ancient Greece”, en *The Athenian Revolution. Essays on Ancient Greek Democracy and Political Theory*, University Press, Princeton, 1986, ps. 56-60. Ver también DAYTON, John C., *The Athletes of War. An Evaluation of the Agonistic Elements in Greek Warfare*, Edgar Kent, Toronto, 2006.

⁴³ Cf. PRITCHETT, William Kendrick, “Depth of Phalanx”, en *Ancient Greek Military Practices I*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles & London, 1971, ps. 134-143.

⁴⁴ Cf. KRENTZ, P., op cit. (2002). GARNER, Richard, *Law and Society in Classical Athens*, St. Martin's, New York, 1987, p. 97, sostenía, hablando de estos shows democráticos, que “...legal and dramatic verbal contests shared various details of procedure and administration which suggested their equivalence to democratic audiences. Some of the resemblances were elaborately specific”. Sobre el tema, también son fundamentales las contribuciones de WILES, David, *Greek Theater Performance: An Introduction*, Cambridge, University Press, 2000, p. 131; OBER, Josiah y Barry STRAUSS, “Drama, Political Rhetoric and the Discourse of Athenian Democracy”, en WINKLER, John J. - Froma I. ZEITLIN (eds.), *Nothing to Do with Dionysos? Athenian Drama in its Social Context*, University Press, Princeton, 1990, p. 237, y HALL, Edith, “Lawcourt Dramas: the Power of Performance in Greek Forensic Oratory”, *BICS* 40, 1995, ps. 39-58. Sobre la cultura griega clásica como esencialmente “performativa”, puede consultarse GOLDHILL, Simon, “Programme Notes”, en GOLDHILL, Simon - OSBORNE, Robin (eds.), *Performance culture and Athenian democracy*, University Press, Cambridge, 1999, ps. 1-29.

⁴⁵ LOMBARDO, Mario, “La norma e l'eccesso: la guerra tra Sibari e Crotona e alcuni aspetti della ‘greek way of war’ in età arcaica”, en SORDI, Marta (a cura di), *Guerra e diritto nel mondo greco e romano* (Contributi dell'Istituto di Storia Antica, 28), Vita e Pensiero, Milano, 2002, ps. 43-67.

alcances en derecho⁴⁶. A partir de sus conclusiones, hoy parece claro que el ejercicio de los asuntos externos y la creación de una red estrecha de vínculos jurídicos entre estados constituía uno de los elementos más claros del poder soberano de las *póleis* clásicas, que hacía que no todo fuera crueldad desmesurada o ausencia de restricciones⁴⁷.

De hecho, a través de ciertos testimonios puede inferirse que se conocía una considerable serie de reglas de comportamiento informales (“*rules of engagement*”)⁴⁸ que con el tiempo pasaron a ser aplicables en los conflictos intra-helenos —es decir, aquellos en los que no intervenían los bárbaros— y se mantuvieron vigentes en la práctica institucional de la guerra al menos hasta mediados del s. V a.C., respondiendo a una consolidada jerarquía social arcaica y a la lógica subyacente del campesinado y la formación hoplítica de combate. Me ocuparé aquí de presentar algunos de estos testimonios, referidos de modo concreto a la identificación de normas consideradas “comunes” entre los griegos, con el propósito de plantear una lectura que reconozca, mediante la identificación precisa de las referencias expresas a estas disposiciones, el carácter “internacional” de las disposiciones en juego.

⁴⁶ *Inter alia*, es posible, destacar en esencia los trabajos liminares de PHILLIPSON, C., op. cit. (1911); MARTIN, V. op. cit. (1940); BICKERMAN, E. J., op. cit. (1950); CALABI, Ida, *Ricerche sui rapporti fra i poleis*, La Nuova Italia, Firenze, 1953; MOSLEY, Derek J., “Diplomacy in Classical Greece”, *Ancient Society* 3, 1972, ps. 1-16; MOSLEY, Derek J., *Envoy and Diplomacy in Ancient Greece* (Historia- Einzelschrift, 22), Wiesbaden, Steiner, 1973, y ADCOCK, Frank E. - MOSLEY, Derek J., *Diplomacy in Ancient Greece*, St. Martin’s, London, 1975, sobre los que se sientan mayormente los estudios más actuales. Una mención particular merecen los trabajos de TENEKIDES, Georges C., “Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités (Ve-IIIe s. av. J.C.)”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 90 II, Leiden, Nijhoff, 1956, ps. 475-652 y TENEKIDES, Georges C., *Les relations internationales dans la Grèce antique*, Fondation A. G. Leventis, Athènes, 1993, quien directamente asevera la presencia de un verdadero ‘derecho internacional’ en el contexto de las ciudades griegas de tiempos clásicos. Partidaria de una visión amplia del fenómeno, la reciente publicación de LOW, Polly, *Interstate Relations in Classical Greece. Morality and Power* (Cambridge Classical Studies), University Press, Cambridge, 2007, también se preocupa por señalar la presencia de un marco conceptual de normas jurídicas, creencias y expectativas que subyacían en el desarrollo de las relaciones interestatales entre las ciudades griegas.

⁴⁷ “Each independent polis had its own territory, its own citizenry and government, and its own defense capacity; each, in theory at least, pursued its own foreign policy, and claimed to enjoy an ostensibly equal standing to other States in the Hellenic community. That community, in turn, was constituted not only by a common culture, but by an intricate web of legal relationships” (SHEETS, George A., “Conceptualizing International Law in Thucydides”, *AJP* 115.1, 1994, p. 53). Sobre la cualidad de “internacional” de dicho sistema, ver AGO, Roberto, “The First International Communities in the Mediterranean World”, *BYIL* 53, 1982, ps. 213-232. Acerca de la complejidad de estos vínculos de política exterior en época clásica, fundamentalmente a partir de la polaridad creada entre el régimen democrático ateniense y la oligarquía de Esparta, ver MACMULLEN, Ramsay, “Foreign Policy for the «Polis»”, *Greece & Rome* 10.2, 1963, ps. 118-122. Acerca de los vínculos político-jurídicos entre ciudades-Estado, ver GÓMEZ MAMPASO, María Valentina y Blanca SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ MAMPASO, *Una aproximación a la historia de las relaciones diplomáticas*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2001, p. 25.

⁴⁸ OBER, Josiah, “Classical Greek Times”, en HOWARD, Michael, George J. ANDREPOULOS - SHULMAN, Mark R. (eds.), *The Laws of War. Constraints on Warfare in the Western World*, Yale University Press, New Haven & London, 1994.

Comencemos por el tratamiento de los cautivos, que hoy en día se encuentra ampliamente regulado en el Derecho Internacional Humanitario y que ha sido objeto de interesantes disposiciones en la Grecia clásica⁴⁹. Si bien suele decirse que la *pólis* vencedora tenía la discreción de someter a los conquistados según su mejor conveniencia⁵⁰, un primer pasaje correspondiente al género trágico es llamativo porque —ante la alegada falta de normas vigente— parece revelar una postura que traduce una verdadera conciencia de humanidad. Se trata de la obra *Heraclidas* de Eurípides —representada alrededor del 430 a.C.—, en la que un esclavo le explica a Alcmena, madre de Heracles, que no podía matar a Euristeo, quien se había levantado infructuosamente contra los atenienses, pues ello es contrario a las leyes de la ciudad (vv. 961-966):

CORO: - No está permitido matarlo.

MENSAJERO: - Pero es por ello que lo hemos tomado como prisionero de guerra.

ALCMENA: - ¿Existe alguna ley que prohíba matarlo?

CORO: - Las autoridades de esta tierra han decretado en contra de ello.

ALCMENA: - ¿Y por qué es eso? ¿No es bueno matar a los enemigos?

CORO: - No si son capturados vivos durante la batalla⁵¹.

Unos versos después, el propio Euristeo —salvado— dirá que fueron “las leyes de los griegos” (*toísi Hellénon nómois*) las que lo protegieron (v. 1010)⁵². La expresión es significativa, si se tiene en cuenta que el hecho de apelar voluntariamente, mediante el discurso, a la comunidad de pueblos helénicos y no al

⁴⁹ En la actualidad están protegidos, en el caso de los conflictos armados internacionales, por el III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (75 U.N.T.S. 135, en vigor desde el 21 de octubre de 1950). En su artículo 13 se establece que “Los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias. Está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente Convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la Potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. En particular, ningún prisionero de guerra podrá ser sometido a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos, sea cual fuere su índole, que no se justifiquen por el tratamiento médico del prisionero concernido, y que no sean por su bien”. Esta protección forma parte del Derecho Internacional consuetudinario (cf. HENCKAERTS, Jean-Marie - DOSWALD-BECK, Louise [eds.], *ICRC Study on Customary Rules of International Humanitarian Law*, University Press, Cambridge, 2005, reglas 106-108).

⁵⁰ Jenofonte, *Ciropeia* 7.5.53; Aristóteles, *Política* 1255a6-8. Sobre el tema, ver el excelente —y todavía no superado— trabajo de DUCREY, Pierre, *Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grèce antique* (Ecole Française d’Athènes, 17), E. de Boccard, Paris, 1968.

⁵¹ —οὐκ ἔστ’ ἀνυστὸν τόνδε σοι κατακτανεῖν. / —ἄλλως ἄρ’ αὐτὸν αἰχμάλωτον εἴλομεν. / —εἶργει δὲ δὴ τίς τόνδε μὴ θνήσκειν νόμος; / —τοῖς τῆσδε χώρας προστάταισιν οὐ δοκεῖ. / —τί δὴ τὸδ’; ἐχθροὺς τοισὶδ’ οὐ καλὸν κτανεῖν; / —οὐχ ὄντιν’ ἂν γε ζῶνθ’ ἔλωσιν ἐν μάχῃ. El texto griego corresponde a las ediciones de MURRAY, Gilbert (ed.), *Euripidis Fabulae*, 3 vol., University Press, Oxford, 1913 y DIGGLE, James (ed.), *Euripidis Fabulae*, 3 vol., University Press, Oxford, 1994.

⁵² νῦν οὖν ἐπειδὴ μ’ οὐ διώλεσαν τότε / πρόθυμον ὄντα, τοῖσιν Ἑλλήνων νόμοις / οὐχ ἄγνός εἰμι τῷ κτανόντι καθανών (*Heraclidas*, vv. 1009-1011). LANNI, Adriaan, “The Laws of War in Ancient Greece”, *Law and History Review* 26, 2008, ps. 469-489, sostiene, al analizar estos pasajes, que en realidad es posible que se tratara de una suerte de propaganda política designada a mostrar la política “humanitaria” de Atenas hacia los prisioneros de guerra.

sistema jurídico vigente en un determinado espacio nacional presenta, en el contexto de la pieza, un claro sentido interestatal. El testimonio permite inferir que el respeto debido hacia los prisioneros de guerra estaba regulado, por lo tanto, en un plano que excedía el derecho positivo de cada una de las ciudades-Estado.

En *Suplicantes*, otra tragedia de Eurípides posiblemente del año 423 a.C., se vislumbra un pasaje que permite profundizar el razonamiento. Dirigiéndose al soberano de Argos (Adrasto), Teseo asegura, en su condición de rey de Atenas, que es conforme a derecho sepultar los cadáveres de los caudillos argivos, ello de acuerdo con el *nómos* universal (panhelénico) que debe ser respetado (522-526 y 560-563):

No soy yo quien escoge esta guerra, yo que ni siquiera marché junto a esos guerreros a la tierra de Cadmo. Pero considero justo (*dikaiō*) de todos modos, enterrar a los muertos que han caído, sin injuriar a ninguna ciudad-Estado sino respetando el derecho de toda Grecia (*tòn Panhellénon nómon*)⁵³.

En este sentido, el personaje retoma la misma expresión que su madre, Etra, había empleado para pedirle que actuara contra los culpables, a los efectos de que no se transgredieran las leyes comunes a la Hélade (*nómima te páses* [...] *Helládos*)⁵⁴. La insistencia en el concepto, empleado casi con un alcance técnico, es indudable a lo largo de la obra trágica.

Un nuevo caso particular lo constituye la deposición de las armas y el pedido de auxilio y protección humanitaria, que se percibe de modo claro en el discurso de los enviados de Platea frente a los jueces espartanos (fechado hacia el verano del 427 a.C.), tal como lo describe Tucídides en su *Historia de la Guerra del Peloponeso* (3.55-59). Allí, cuando los plateos sostienen en su rendición que los lacedemonios nunca sufrieron nada ‘desmesurado’ de su parte, queda connotado el tipo de actuación que manifestaron con relación a los ‘otros’: la buena conducta en la guerra, que los plateos alegan haber tenido, se vincula siempre con la prudencia o *sophrosýne*, y esta es una característica esencial, si no la principal, de las relaciones privadas, públicas e internacionales entre los griegos⁵⁵. Los embajadores alegan además que los tebanos sitiaron la ciudad en tiempos de paz y de festividades religiosas, dando cuenta de

⁵³ πόλεμον δὲ τοῦτον οὐκ ἐγὼ καθίσταμαι, / ὅς οὐδὲ σὺν τοῖσδ' ἦλθον ἐς Κάδμου χθόνα· / νεκροὺς δὲ τοὺς θανόντας, οὐ βλάπτων πόλιν / οὐδ' ἀνδροκμήτας προσφέρων ἀγωνίας, / θάψαι δικαίῳ, τὸν Πανελλήνων νόμον. Cf. MURRAY, G., op. cit. (1913). Cf. también v. 671. Esta misma idea es la que Sófocles sustenta en la pieza *Antígona*, a la que me referiré al mencionar las leyes no escritas como fundamento de un derecho sagrado. También en Tucídides (4.97.2), la acción de los atenienses en Delion de no permitir la sepultura de los muertos era concebida como una violación a las “leyes comunes de los griegos” (*tà nómima tòn Hellénon*). DE ROMILLY, Jacqueline, *La loi dans la pensée grecque*, Paris, 1971, p. 41, supone que este asunto ateniense en Delion puede haber inspirado el pasaje de *Suplicantes*.

⁵⁴ ἐς τήνδ' ἀνάγκην σὴ καταστήσαι χερί, / νόμιμά τε πάσης συγγέοντας Ἑλλάδος / παῦσαι (vv. 310-312).

⁵⁵ Esto es lo que concluye KARAVITES, Peter, *Capitulations and Greek Interstate Relations. The Reflection of Humanistic Ideals in Political Events*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1982, ps. 129-130.

la ausencia de respeto por circunstancias de coyuntura que condicionaban el fundamento de los enfrentamientos. Otro elemento central es su apelación a la figura de los suplicantes, cuando Astímaco y Lacón hablan ante cinco jueces. En dos pasajes se distinguen alusiones específicas al “derecho común” griego:

Si ustedes otorgan inmunidad a nuestras personas estarían juzgando correctamente y respetando el hecho de que han capturado a quienes nos rendimos voluntariamente extendiendo nuestras manos (y el derecho de los griegos [*nómos tois Hállésin*] impide matar a dicha gente) y a quienes también hemos sido benefactores suyos (3.58.3)⁵⁶.

Estos actos no son dignos de la gloria de ustedes, espartanos, el hecho de haber actuado en contra de las leyes comunes de los griegos (*tà koinà tòn Hellénon nomíma*) y de sus propios antepasados y asesinar a sus benefactores, quienes no les han hecho daño a ustedes, simplemente por causa de un odio ajeno (3.59.1)⁵⁷.

De acuerdo con el testimonio, los suplicantes que se rinden quedaban protegidos por las leyes de Grecia y no podían ser sentenciados a muerte⁵⁸; juzgar en contrario a los enemigos, añadir, o violar el juramento prestado equivaldría a rechazar las costumbres comunes de los griegos (*tà koinà tòn Hellénon nómima*) y la práctica de los antepasados (*toùs progónous*), como sugiere el uso de un vocabulario digno de la cita vista de *Heraclidas*. A lo largo del pasaje, se van descubriendo referencias sutiles que, retóricamente, posicionan a los hablantes en un sitio signado por la justicia, amparado en un pasado de respeto bélico, que sólo otorga el acatamiento pleno por las normas de guerra; los soldados tebanos, en cambio, son emplazados en contra como claros violadores de las leyes tradicionales⁵⁹.

Poco antes, además, Tucídides había mencionado que los plateos declaraban haber castigado a quienes tomaron su ciudad, siguiendo la ley fijada para todos referida a la legítima defensa frente a ataques ilícitos:

Dado que tomaron nuestra ciudad en tiempos de paz —y, más aun, en un momento sagrado del mes— los castigamos del modo en que está establecido por el derecho de todos

⁵⁶ ὥστε καὶ τῶν σωμάτων ἄδειαν ποιοῦντες ὅσα ἂν δικάζοιτε καὶ προνοοῦντες ὅτι ἐκόντας τε ἐλάβετε καὶ χεῖρας προῖσχομένους (ὁ δὲ νόμος τοῖς Ἑλλησι μὴ κτείνειν τούτους), ἔτι δὲ καὶ εὐεργέτας γεγενημένους διὰ παντός. El texto griego corresponde a la edición de JONES, H. Stuart - POWELL, J. E. (eds.), *Thucydides Historiae*, vol 1-2, Clarendon Press, Oxford, 1967-1970.

⁵⁷ οὐ πρὸς τῆς ὑμετέρας δόξης, ὦ Λακεδαιμόνιοι, τάδε, οὔτε ἐς τὰ κοινὰ τῶν Ἑλλήνων νόμιμα καὶ ἐς τοὺς προγόνους ἀμαρτάνειν οὔτε ἡμᾶς τοὺς εὐεργέτας ἀλλοτρίας ἔνεκα ἔχθρας μὴ αὐτοῦς ἀδικηθέντας διαφθεῖραι.

⁵⁸ El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 señala al respecto, en su artículo 41, que “ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, debe reconocerse que está fuera de combate”. Según el inciso 2 del artículo, deben considerarse que están fuera de combate quienes se hallen en poder de una Parte adversa o, por ejemplo, quienes hayan expresado claramente su intención de rendirse o se encuentren incapacitados o inconcientes.

⁵⁹ Poco antes, además, los plateos alegan haber castigado a quienes tomaron su ciudad, siguiendo la ley fijada para todos (*katà tòn p̄asi nómon kathestôta*, Tucídides 3.56.2).

(*katà tòn pàsi nómon kathestôta*) que dice que uno puede defenderse a sí mismo contra un agresor sin ofender a los dioses; no es natural que suframos a causa de ellos (3.56.2)⁶⁰.

De modo interesante, el derecho “común” a las ciudades-Estado griegas es reinterpretado en este pasaje como una suerte de ley universal que exige y demanda comportamientos efectivos⁶¹.

En el 405 a.C., casi al fin de la Guerra del Peloponeso, el general espartano Lisandro navegó desde Rodas para tomar acción contra las ciudades que se habían sublevado en Egospótamos, en las costas del Asia Menor. Jenofonte relata en las *Helénicas*⁶² que, una vez asegurada la victoria y tras liberar a las personas libres capturadas, el propio Lisandro trasladó el botín y los prisioneros —entre los cuales estaban Filocles, Adimanto y otros generales— de nuevo a Lampsaco. Allí convocó a los aliados para crear un tribunal que fuera capaz de juzgar los ultrajes cometidos por los adversarios, especialmente por aquellos enemigos que habían votado que, si ganaban, cortarían la mano de los vencidos:

Y fue Filocles, uno de los generales atenienses, quien había hecho esto con estos hombres. Se contaron muchas más historias, y al final se resolvió que todos los prisioneros atenienses fueran condenados a muerte, con la excepción de Adimanto, porque había sido el único que en la Asamblea ateniense se había opuesto al decreto referido a la amputación de las manos de los capturados; sin embargo, fue acusado por algunos por haber traicionado a la flota. En cuanto a Filocles, que había tirado por la borda a los andrianos y corintios, Lisandro primero le preguntó qué era lo que merecía sufrir por haber realizado acciones injustas contra griegos (*eis Hállenas paranomeîn*), y luego hizo que la cortaran el cuello (2.1.31-32)⁶³.

⁶⁰ προσέτι ἱερομηνίᾳ ὀρθῶς τε ἐπιμωρησάμεθα κατὰ τὸν πᾶσι νόμον καθεστῶτα, τὸν ἐπιόντα πολέμιον ὅσιον εἶναι ἀμύνεσθαι, καὶ νῦν οὐκ ἂν εἰκότως δι’ αὐτοὺς βλαπτοίμεθα. Un discurso fallido de los corintios en el Libro I, cuando intentan en vano convencer a los atenienses de una alianza que permita oponerse a los corcirenses en el control de Epidamno, ape-la a la justificación de las acciones en el derecho común: “Esto es lo que tenemos como las consideraciones más justas de acuerdo con las leyes de los griegos (*katà toùs Hellénon nó-mous*)” (δικαιώματα μὲν οὖν τάδε πρὸς ὑμᾶς ἔχομεν ἰκανά κατὰ τοὺς Ἑλλήνων νόμους, Tucídides 1.41.1). En 3.9.1, los mitilenses son invitados a hablar por parte de los espartanos en Olimpia y mencionan la existencia de una norma establecida entre los griegos (*tò mèn kathestòs toîs Hállési nómimon*) vinculada con la situación de los revolucionarios respecto de sus nuevos aliados y de sus antiguos amigos, quienes lo considerarán como traidores. Otros pasajes relevantes en Tucídides incluyen 3.66.2 y 3.67.6.

⁶¹ Este derecho “de todos” constituye claramente una expresión análoga. Cabe destacar que existen algunas fuentes que dan cuenta de cierto ordenamiento jurídico internacional que no es necesariamente universal. Un pasaje tardío de Dionisio (4.25.3) se refiere a los *nómoi Amphyktonikoí*, dando cuenta de la existencia de normas jurídicas positivas aprobadas en el marco de una organización internacional, en este caso la Liga de ciudades-Estado creada en torno de la localidad sagrada de Delfos. Acerca de estas organizaciones y su posible derecho derivado, cf. TAUSEND, Klaus, *Amphiktyonie und Symmachie. Formen zwischenstaatlicher Beziehungen im archaischen Griechenland* (Historia Einzelschriften, 73), Stuttgart, Steiner, 1992.

⁶² Se trata de una obra historiográfica que, precisamente, complementa cronológicamente el texto de Tucídides: retoma los últimos años de la Guerra del Peloponeso desarrollando los eventos ocurridos a partir del 411 a.C. y luego continúa el relato hasta los años posteriores a la batalla de Maronea (362 a.C.).

⁶³ Φιλοκλής δ’ ἦν στρατηγὸς τῶν Ἀθηναίων, ὃς τούτους διέφθειρεν. ἐλέγετο δὲ καὶ ἄλλα πολλά, καὶ ἔδοξεν ἀποκτείναι τῶν αἰχμαλώτων ὅσοι ἦσαν Ἀθηναῖοι πλὴν Ἀδειμάντου, ὅτι μόνος

No debe llamar la atención la cercanía conceptual del episodio narrado con la creación de tribunales aliados en las posguerras mundiales del siglo XX, que ya otros autores se han encargado de revelar⁶⁴. En el marco de esas similitudes, solamente me interesa aquí destacar que el castigo impuesto a los generales atenienses supone en el pasaje la aplicación de un derecho que excede los límites geográficos consagrados de una ciudad- Estado. Siendo Filocles y sus compañeros de origen ateniense, puede resultar llamativo que el texto no indique una condena por haber violado el ordenamiento jurídico propio de Atenas; en su defecto, y siendo sus víctimas ciudadanos andrianos y corintios, también sorprende en la cita que no se mencione los actos como conductas contrarias al derecho local de ambas ciudades-Estado. La referencia, en cambio, a los griegos en su conjunto (*eis Hállenas*) constituye una apelación significativa a la existencia de normas jurídicas que, en tanto se alzan como pautas superadoras de los sistemas “nacionales”, parecen generar derechos y obligaciones en un nivel interestatal: se trata de una nueva referencia al derecho “común” de los griegos previsto como ordenamiento universal.

Estos testimonios literarios se ven complementados por un documento epigráfico de extrema relevancia para la discusión. Se trata de una inscripción compuesta por dos fragmentos, tallada en mármol y encontrada mediante una excavación arqueológica en el Ágora ateniense en enero de 1937. Contiene el texto de un decreto ateniense referido a la Liga Etolia, fechado en el año 367/6 a.C., en el que se decide designar un representante para efectuar un reclamo por la detención ilícita de unos mensajeros que comunicaron un alto de las hostilidades para poder celebrar los grandes Misterios de Eleusis:

Dioses. Demófilo de Cefalé, el hijo de Teoro, era secretario. Se decidió por parte del Consejo y el pueblo; Eneis ejercía la pritanía; Demófilo de Cefalé, el hijo de Teoro, era secretario. Filipo de Semaquides era presidente. Polizelo era arconte. Cefisodoto fue el autor de la propuesta. Atento que la Liga Etolia aceptó una tregua sagrada de (las diosas) Deméter y Core Eleusinas, y atento que los triconios capturaron a aquellos de los Eumólpidas y a los heraldos que comunicaron la tregua, en contra de las leyes comunes de los griegos (*tois nómous koinJoús tôn Hállénon*) es decir, a Profetes y Epígenes, el Consejo habrá de elegir in-

ἔπελάβετο ἐν τῇ ἐκκλησίᾳ τοῦ περὶ τῆς ἀποτομῆς τῶν χειρῶν ψηφίσματος· ἠτιάθη μέντοι ὑπὸ πινῶν προδοῦναι τὰς ναῦς. Λύσανδρος δὲ Φιλοκλέα πρῶτον ἐρωπήσας, ὅς τοὺς Ἀνδρίους καὶ Κορινθίους κατεκρήμνισε, τί εἴη ἄξιος παθεῖν ἀρξάμενος εἰς Ἑλληνας παρανομεῖν, ἀπέσφαξεν. Cf. MARCHANT, Edgar Cardew (ed.), *Xenophontis Opera Omnia*, vol. 1-4, Clarendon Press, Oxford, 1968-1971.

⁶⁴ Ya MARIDAKIS, G. S., “Un précédent du Procès de Nuremberg tiré de l’histoire de la Grèce ancienne”, *Revue hellénique de droit international* 5, 1952, ps. 1-16, estudió en detalles el contenido del pasaje y consideró en definitiva que la corte instalada por iniciativa de Lisandro constituyó un antecedente claro del proceso judicial llevado adelante en el Tribunal Militar de Nuremberg: el carácter internacional del juicio (acordado con los “aliados”), la creación *ex post facto* de la instancia jurisdiccional por decisión de las potencias vencedoras y la condena a muerte de los acusados, sin posibilidad alguna de solicitar revisión, constituyen notorias semejanzas. Cf. también KRASKE, Erich, “Klassische Hellas und Nürnberger Prozess”, *Archiv des Völkerrechts* 4, 1953-1954, ps. 183-189. También se refiere al episodio MCCORMACK, Timothy L. H., “From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime”, en MCCORMACK, Timothy L. H. - SIMPSON, Gerry J. (eds.), *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague, London & Boston, Kluwer, 1997, ps. 31-63.

mediatamente a un heraldo, entre los atenienses, para que se dirija a la Liga Etolia y reclame la liberación de estos hombres...⁶⁵.

Queda claro en esta disposición —que constituye una fuente jurídica directa— la voluntad ateniense de no dejar impune la acción de los triconios de violar la integridad física de los enviados de paz (*spondophóroi*), que es asimilada en la norma redactada a una infracción a las normas universales, a esas leyes “comunes” que protegen a los embajadores y mensajeros sagrados (líneas 12-13)⁶⁶.

Parece claro, entonces, que las referencias al “derecho de los griegos” (*nómos tón Hellénon*), al “derecho común” (*nómos koinós*) o al “derecho de todos los hombres” (*nómos pánton tón anthrópon*)⁶⁷ suelen indicar en estos textos del período clásico (tanto en las inscripciones como en los pasajes literarios) algo semejante a lo que los romanos percibirán como *ius gentium*⁶⁸. A pesar de que su contenido resulta amplio y abarca diferentes regulaciones concretas en los distintos ejemplos relevados⁶⁹, se trataría de disposiciones que, establecidas en tratados o —más frecuentemente— fijadas en la costumbre, constituían reglas obligatorias para todas las *póleis* con independencia de la legislación interna que cada una de éstas tuviera de modo individual⁷⁰.

⁶⁵ Syll.3 643 (FD 3.4.75).

⁶⁶ Y esto es interpretado, por parte del primer editor de la inscripción, como una violación al derecho internacional de la época: “This act was a breach of international law, and called forth a formal protest on the part of Athens” (SCHWEIGERT, Eugene, “Greek Inscriptions 1-13”, *Hesperia* 8, 1939, ps. 8).

⁶⁷ Cf. BONUCCI, Alessandro, *La legge comune nel pensiero greco*, Tip. Vincenzo Bartelli, Perugia, 1903.

Sobre la problemática genérica que plantea la expresión se ha ocupado, en particular, WOGASLI, Demetrius, *Die Normen des altgriechischen Völkerrechtes (Nomoi Koinoi tón Hellénon)*, Diss. Freiburg, 1895, aunque en gran medida sus conclusiones han sido superadas por la crítica historiográfica y los nuevos estudios filológicos.

⁶⁸ Por supuesto, con las diferencias del caso. En efecto, mientras que en el mundo romano el *ius gentium* regulaba las relaciones entre la *urbs* y los extranjeros, siendo impuesto por la primera a los segundos, el contexto griego suele mostrar una normativa creada sobre el equilibrio entre *póleis* (un *ius inter gentes*), equilibrio que antecede en mucho lo que será la regulación entre Estados propia del Derecho Internacional moderno. Por supuesto, se tratará para los griegos de una “igualdad entre iguales” que excluye de modo radical a los bárbaros y a otras poblaciones no helénicas (cf. la referencia a las “naciones civilizadas” habitual en el mundo de fines del s. XIX y comienzos del XX).

⁶⁹ ILARI, Virgilio, *Guerra e diritto nel mondo antico*, Parte I, Giuffrè, Milano, 1980, ps. 101-103.

⁷⁰ En este sentido, contrariamente a lo que muchos han supuesto, estas normas comunes resultan ser, en su carácter, estrictamente jurídicas, y por lo tanto resultan obligatorias en tanto constituyen un derecho que toda ciudad-Estado debe respetar si pretende evitar incurrir responsabilidad: “En revanche, un système de valeurs cher à un groupe donné, qui se sent différent des autres et supérieur à eux, peut aisément définir un idéal commun. Et, s’il s’agit de corriger la variété du droit, de cité à cité, s’il s’agit de chercher quelque part, où que ce soit, un ensemble de règles débordant ce cadre, et s’appliquant en particulier aux devoirs simplement humains qui peuvent régir les rapports entre gens de diverses cités, alors on a recours à ce que les auteurs appellent les lois communes des Grecs” (DE ROMILLY, J. [1971] op. cit., ps. 39-40).

III. LAS INVASIONES BÁRBARAS: EL DERECHO COMÚN ANTE LOS “OTROS”

La interpretación propuesta acerca de la identificación de un ‘Derecho Internacional’ particular en el mundo griego clásico puede reforzarse mediante el análisis de un episodio relatado en las *Historias* de Heródoto, obra compuesta entre el 450 y el 420 a.C. que se ocupa parcialmente —en un buen número de los nueve libros en que la posterioridad la dividió— de describir los detalles de las Guerras Médicas durante el siglo V a.C. En el pasaje que interesa aquí hacer explícito, el autor enfatiza la posición del rey persa Jerjes al negarse a recurrir a retaliaciones contra atenienses y espartanos —quienes habían asesinado a sus heraldos— en los siguientes términos:

Frente a esto Jerjes, con gran magnanimidad, contestó que no imitaría a los espartanos. Y dijo: “Ustedes se han burlado de las leyes de todos los hombres (*tà pánton anthrópon nómima*) al matar a los heraldos, y yo no voy a hacer eso por lo que los censuro ni voy a liberar de culpa a los espartanos matándolos a ustedes en respuesta (7.136)⁷¹.

Estas expresiones, si bien similares a los textos explorados en el apartado anterior, son en realidad únicas en cuanto a su contenido. Ello porque se trata aquí de un historiador griego que coloca en boca de un monarca bárbaro una reflexión humanitaria: la afirmación de que no violaría las “leyes de los hombres” (*tà pánton anthrópon nómima*), a diferencia de lo que habían hecho los atenienses y espartanos con los enviados persas, parece coincidir con los textos ya mencionados respecto de la existencia de patrones universales que todas las ciudades-Estado griegas se ven forzadas a respetar con independencia de sus ordenamientos domésticos⁷². No obstante, en este caso lo que sorprende es que el portavoz del discurso —de un discurso que, precisamente, condena los actos realizados por los griegos— sea en verdad una autoridad persa, sobre todo si se tiene en cuenta que el derecho “común” de los griegos precisamente excluía a aquellas civilizaciones no helénicas, a las que se consideraban cultural y políticamente inferiores⁷³. No hay una única explicación de esta alusión inusitada:

⁷¹ λέγουσι δὲ αὐτοῖσι ταῦτα Ξέρξης ὑπὸ μεγαλοφροσύνης οὐκ ἔφη ὁμοῖος ἔσεσθαι Λακεδαιμονίοισι: κείνους μὲν γὰρ συγγέαι τὰ πάντων ἀνθρώπων νόμιμα ἀποκτείναντας κήρυκας, αὐτὸς δὲ τὰ ἐκείνοισι ἐπιπλήσει ταῦτα οὐ ποιήσῃν, οὐδὲ ἀναποκτείνας ἐκείνους ἀπολύσειν Λακεδαιμονίους τῆς αἰτίας. El texto griego corresponde a la edición de LEGRAND, Philippe-Ernest (ed.), *Hérodote. Histoires*, vol. 1-9, Les Belles Lettres, Paris, 1963-1968.

⁷² Sobre el tratamiento y protección de los heraldos en el mundo griego, cf. LONIS, Raoul, “L’immunité des agents diplomatiques: hérauts et ambassadeurs”, en *Les usages de la guerre entre grecs et barbares, des guerres médiques au milieu de IV^e siècle avant J.-C.*, Annales littéraires de l’Université de Besançon, Paris, Les Belles Lettres, 1969, ps. 63-70; GOBLOT-CAHEN, Catherine, “Les hérauts grecs agents et victimes de châtements”, *Hypothèses* 6, 2002, ps. 135-144. Acerca de las represalias y su regulación, cf. GARLAN, Y., op. cit. (1972), ps. 22-23.

⁷³ BACON, Helen H., *Barbarians in Greek Tragedy*, Yale University Press, New Haven, 1961; MOSLEY, Derek J. (1971) “Greeks, Barbarians, Language and Contact”, *AncSoc* 2, 1971, ps. 1-6; DUBUISSON, Michel, “Barbares et barbarie dans le monde gréco-romain : du concept au slogan”, *AC* 70, 2001, ps. 1-16; SANTIAGO ÁLVAREZ, Rosa Araceli, “Griegos y bárbaros:

quizás se trate de una fuerte crítica del historiador hacia sus nacionales. Lo cierto es que, como testimonio, no parece acompañar el resto de las menciones al derecho “común” como sustento jurídico de las regulaciones referidas a los conflictos armados. Las fuentes literarias suelen focalizarse, más bien, en una tajante distinción entre los griegos y los bárbaros, a tal punto que muchas veces el alejamiento de la cultura helénica implica la ausencia de derecho y la justicia⁷⁴.

Un pasaje de tragedia contribuye a confirmar esta visión que opone la naturaleza bárbara al derecho de los griegos. Al poner en escena su pieza *Orestes* en el 408 a.C., Eurípides coloca en boca de Tindareo (vv. 485-507) una crítica a su yerno Menelao porque, habiendo estado tanto tiempo entre bárbaros, éste parece haberse olvidado de las disposiciones vigentes entre los griegos: “Honorar siempre a un pariente es una norma en Grecia” (v. 486)⁷⁵. Criticando a Orestes por haber matado a su madre Clitemnestra en lugar de llevarla a la justicia, Tindareo sostiene (vv. 492-495 y 523-525):

Si el bien y el mal son evidentes para todos, ¿quién, entre todos los hombres, ha sido más insensato que este, que nunca respetó la justicia ni se ha conformado con el derecho común de los griegos (*tòn koinòn Hellénon nómon*)? (...) Defenderé la ley mientras me sea posible, y atacaré esas costumbres salvajes y feroces que pierden siempre a las naciones y a las ciudades⁷⁶.

La conducta de quien, como los bárbaros, se encuentra lejos de las costumbres griegas y viola el derecho civilizado —el derecho “común”— es considerada un acto salvaje que afecta la vida social; en este sentido, requiere ser denunciada. Subyace claramente, en estas regulaciones, un estrecho vínculo con el universo religioso. En esta cita y en las anteriores, el carácter obligatorio de las normas —tanto referidas a los crímenes de sangre como al tratamiento de los prisioneros, al maltrato de los embajadores o el ataque de los suplicantes— se fortalece mediante una apelación, más o menos velada, a lo divino, que impulsa en muchas ocasiones la fuerza normativa de las disposiciones in-

arqueología de una alteridad”, *Faventia* 20.2, 1998, ps. 33-44. En particular respecto de las relaciones greco-persas, cf. PICARD, Olivier, *Les Grecs devant la menace perse, Regards sur l'histoire — Histoire ancienne*, Sedes, Paris, 1980 y MILLER, Margaret C., *Athens and Persia in the Fifth Century B. C. A Study in Cultural Receptivity*, University Press, Cambridge, 1997.

⁷⁴ Un ejemplo homérico basta para mostrar cómo se construye esta deficiencia jurídica de aquellos que no comparten los valores griegos. En la *Odisea*, el derecho propio de las *póleis* nacientes se contraponen al universo anárquico de las bestias: los Cíclopes, por ejemplo, carecen de ágoras donde celebrar consejos y de reglas. Cada uno impone sus propias decisiones a sus hijos y mujeres, desentendiéndose de los demás (IX.112-115); cf. VON DER MÜHLL, Peter (ed.), *Homeri Odyssea*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1962.

⁷⁵ Ἑλληνικόν τοι τὸν ὁμόθεν τιμᾶν αἶε. El texto griego es el de DIGGLE, J. (ed.), op. cit. (1994).

⁷⁶ εἰ τὰ καλὰ πᾶσι φανερά καὶ τὰ μὴ καλὰ, / τοῦτου τίς ἀνδρῶν ἐγένετ' ἀσυνετώτερος, / ὅστις τὸ μὲν δίκαιον οὐκ ἐσκέπαστο / οὐδ' ἦλθεν ἐπὶ τὸν κοινὸν Ἑλλήνων νόμον; (...) ἀμυνῶ δ', ὅσον περ δυνατὸς εἰμι, τῷ νόμῳ, / τὸ θηριώδες τοῦτο καὶ μαιφρόνον / παύων, ὃ καὶ γῆν καὶ πόλεις ἄλλυσ' αἶε.

ternacionales⁷⁷. La protección de los vínculos comunitarios y la inviolabilidad de las personas protegidas constituyen en definitiva conductas impuestas en el seno del conflicto, lo que da cuenta de una profunda imbricación de los rituales religiosos con las actividades militares⁷⁸.

El carácter consuetudinario de dichos principios —que, como ya ha sido mencionado, superan las normas vigentes en cada ciudad (de allí la referencia a lo helénico o panhelénico como categoría interestatal)— no debe sorprender en el seno de un sistema jurídico respecto del cual la costumbre constituía una fuente privilegiada de derechos⁷⁹, y permite evaluar la naturalidad inherente a su cumplimiento⁸⁰.

Pero frente a estas mismas normas helénicas de carácter consuetudinario el ejemplo de Jenofonte y la actitud del rey persa es un claro indicador de que también es posible hallar en los testimonios ejemplos de un discurso programático capaz de extender humanitariamente la protección de víctimas y bienes civiles a aquellos que no son griegos ni comparten los valores centrales considerados un acervo panhelénico. Es también, por caso, lo que se observa

⁷⁷ Esto encuentra eco en las teorías filosóficas iusnaturalistas, a diferencia del positivismo kelseniano para el cual la razón de ser de la norma de derecho positiva no hace estrictamente a su carácter jurídico. Acerca de la importancia de comprender los factores religiosos para evaluar el grado de cumplimiento de las normas jurídicas en el mundo antiguo, cf. GOODMAN, Martin D. & A. J. HOLLADAY, “Religious Scruples in Ancient Warfare”, *CQ N.S.* 36 (1), 1986, ps. 151-171. NUSSBAUM, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, Macmillan, New York, 1950, ps. 12-14, sostenía que tanto los tratados cuanto las costumbres que daban fundamento a las normas interestatales entre las *poleis* helénicas tenían un claro sustento sagrado. Más recientemente, BEDERMAN, David J., “Religion and the Sources of International Law in Antiquity”, en JANIS, Mark W. (ed.), *The Influence of Religion on the Development of International Law*, The Hague, London & Boston, Kluwer, 1991, ps. 3-29, ha considerado que en la antigüedad la religión no era la única fuente de obligaciones entre las ciudades. Al contrario, demuestra cómo se procuraba el respeto de las normas del Derecho Internacional no solamente por un temor directo a la sanción de los dioses, sino también por la preocupación de mantener el orden social y evitar el caos, así como por un pragmatismo político.

⁷⁸ Así, por ejemplo, son abundantes durante el siglo V a.C. los testimonios que muestran de qué modo los templos y santuarios no podían ser atacados en época de guerra; cf. Pausanias 10.28.3; Jenofonte, Agesilao 10.1; Polibio 5.10. Cuando los atenienses fortificaron Delio, por caso, los beocios se quejaron porque —según ellos— había una regla clara entre los griegos que establecía que el ejército ocupante no estaba autorizado para disponer de los templos (Tucidides 4.97).

⁷⁹ Cf. SHEETS, G. A., op. cit. (1994). En este sentido es interesante pensar en la noción de “derecho no escrito” (*ágrapta nómima*), consagrada en *Antígona* de Sófocles (vv. 454-455), obra en la que la protagonista apela a un derecho universal sustentado en el plano divino; sobre el tema y sus complejidades, pueden consultarse FLUMENE, Francesco, *La 'legge non scritta' nella storia e nella dottrina etico-giuridica della Grecia classica*, Sassari, Stamperia della L.I.S., 1925; MOORE, M. S., *The Unwritten Laws of Greece*, Dublin, University College, 1967, y OSTWALD, Martin, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, Law, Society, and Politics in Fifth-Century Athens, Berkeley, Los Angeles & London, University of California Press, 1986, ps. 164-169.

⁸⁰ “For the Greeks, the notion of applying a customary international law based on state practice was familiar and completely uncontroversial. (...) The laws of war were naturally part of the culture and values of constituent states, and as such could more easily encourage compliance than laws whose legitimacy is based purely on a theory of consent or on the fairness of the procedure by which they were enacted” (LANNI, A., op. cit. [2008]).

en un célebre pasaje del Libro V de la *República* de Platón —que data del 380/360 a.C.— en el que se propone extender las normas vigentes ya aplicables a las situación de *stásis* —esto es, a los conflictos armados entre *póleis* griegas— a los casos de *pólemos* en los que quienes se enfrentan son griegos contra bárbaros (469b.5- 471b.8):

...Pero, nuevamente, ¿cómo se comportarán nuestros soldados respecto de los enemigos? [...] Me parece que, de la misma manera en que tenemos dos términos, guerra (*pólemos*) y facción (*stásis*), también hay dos cosas, distinguidas por dos diferencias. Las dos cosas a las que me refiero son lo amigable y próximo, por un lado, y lo ajeno y extranjero, por el otro. Ahora el término empleado para la hostilidad de lo amigable es la facción, mientras que para la de lo ajeno es guerra. [...] Debemos decir, entonces, que los griegos luchan y conducen la guerra contra los bárbaros, y los bárbaros contra los griegos, y que son enemigos por naturaleza, y que “guerra” es el nombre correcto para esta enemistad y odio. Los griegos, sin embargo, podemos decir que son también por naturaleza amigos de los griegos cuando actúan de esta manera, pero Grecia está enferma en este caso y dividida por la facción [...] Y siendo griegos, no saquearán el territorio griego ni incendiarán las casas, y no admitirán que en una ciudad toda la población es su enemiga, varones, mujeres y niños, sino que tan sólo dirán que sólo unos pocos de ellos son sus adversarios, es decir, aquellos que resultan ser responsables del enfrentamiento. Y en todas estas consideraciones, no van a asolar las tierras, dado que la mayoría son sus amigos, ni destruir los hogares, sino que sólo llevarán el conflicto con el objetivo de llevar a los culpables a que den satisfacción en justicia a los inocentes que sufren. “Yo —dijo— estoy de acuerdo con que nuestros ciudadanos deben enfrentarse a sus oponentes griegos con esta pauta, mientras que debe tratarse a los bárbaros como los griegos hoy tratan a griegos”⁸¹.

La propuesta platónica, novedosa, consiste en promover en situación de guerra un tratamiento de los bárbaros semejante al que reciben los demás griegos, respecto de los cuales se protege siempre a quienes no hayan participado de las hostilidades. Este principio de distinción, que hoy en día constituye un pilar fundamental del Derecho Internacional Humanitario⁸², implica para el pasaje no atacar de modo indiscriminado a la población sino identificar en par-

⁸¹ τί δέ; πρὸς τοὺς πολεμίοις πῶς ποιήσουσιν ἡμῖν οἱ στρατιῶται; (...) φαίνεται μοι, ὡσπερ καὶ ὀνομάζεται δύο ταῦτα ὀνόματα, πόλεμος τε καὶ στάσις, οὕτω καὶ εἶναι δύο, ὄντα ἐπὶ δυοῖν τινοῖν διαφοραῖν. λέγω δὲ τὰ δύο τὸ μὲν οἰκεῖον καὶ συγγενές, τὸ δὲ ἀλλότριον καὶ ὀθνεῖον. ἐπὶ μὲν οὖν τῇ τοῦ οἰκεῖου ἔχθρα στάσις κέκληται, ἐπὶ δὲ τῇ τοῦ ἀλλοτρίου πόλεμος. (...) Ἕλληνας μὲν ἄρα βαρβάρους καὶ βαρβάρους Ἕλλησι πολεμεῖν μαχομένους τε φήσομεν καὶ πολεμίοις φύσει εἶναι, καὶ πόλεμον τὴν ἔχθραν ταύτην κλητέον Ἕλληνας δὲ Ἕλλησιν, ὅταν τι τοιοῦτον δρῶσιν, φύσει μὲν φίλους εἶναι, νοσεῖν δ' ἐν τῷ τοιοῦτῳ τὴν Ἑλλάδα καὶ στασιάζειν, καὶ στάσιν τὴν τοιαύτην ἔχθραν κλητέον. (...) οὐδ' ἄρα τὴν Ἑλλάδα Ἕλληνες ὄντες κερούσιν, οὐδὲ οἰκίσεις ἐμπρήσουσιν, οὐδὲ ὁμολογήσουσιν ἐν ἐκάστη πόλει πάντας ἔχθρους αὐτοῖς εἶναι, καὶ ἄνδρας καὶ γυναῖκας καὶ παῖδας, ἀλλ' ὀλίγους ἄει ἔχθρους τοὺς αἰτίους τῆς διαφορᾶς. καὶ διὰ ταῦτα πάντα οὐτε τὴν γῆν ἐθελήσουσιν κείρειν αὐτῶν, ὡς φίλων τῶν πολλῶν, οὐτε οἰκίας ἀνατρέπειν, ἀλλὰ μέχρι τούτου ποιήσονται τὴν διαφορὰν, μέχρι οὗ ἂν οἱ αἰπιοὶ ἀναγκασθῶσιν ὑπὸ τῶν ἀναπίων ἀλογούντων δοῦναι δικήν. ἐγὼ μὲν, ἔφη, ὁμολογῶ οὕτω δεῖν πρὸς τοὺς ἐναντίους τοὺς ἡμετέρους πολίτας προσφέρεσθαι πρὸς δὲ τοὺς βαρβάρους, ὡς νῦν οἱ Ἕλληνες πρὸς ἀλλήλους. El texto griego corresponde a BURNET, John (ed.) *Platonis Opera*, vol. 1-5, Oxford, Clarendon Press, 1967-1968.

⁸² Cf. SASSOLI, Marco, “Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law. Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law” (Cambridge, January 27-29, 2003), Harvard University, 2003, p. 1 ss. [en línea] www.hpcrresearch.org [Consulta: 25 de marzo de 2012].

ricular a aquellos que deben ser considerados enemigos a los efectos de limitar los ataques a quienes, efectivamente, resultaran combatientes o estuvieran participando directamente en las hostilidades⁸³. Precisamente Platón —quien tanto en su *República* como en *Leyes* consolidaba una crítica a las leyes atenienses vigentes y exponía los detalles de lo que él consideraba una legislación ideal— propondrá aquí la expansión de las consideraciones de humanidad para postular una modificación del derecho “común” en vigor⁸⁴. Se inaugura una verdadera reflexión teórica sobre la necesidad de regular los conflictos armados que seguirá en el pensamiento griego y que, poco más de dos siglos después, en pleno período helenístico, retomará el historiador Polibio al analizar el surgimiento de la República Romana y su progresiva expansión sobre Grecia⁸⁵.

⁸³ En situaciones de conflicto armado, las personas civiles y los bienes de carácter civil son protegidos hoy por el Derecho Internacional convencional (artículos 48 a 56 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra), así como por la costumbre internacional (cf. HENCKAERTS, J.-M. & L. DOSWALD-BECK, op. cit. [2005], reglas 87-105).

⁸⁴ Esta lectura no es incompatible con la posibilidad de que el texto sea interpretado en términos de la desigualdad natural de las partes. Podría decirse, en efecto, que en el pasaje se presta atención al comportamiento de los ‘agentes’ de las *póleis* griegas respecto de las personas extranjeras, lo que alejaría la propuesta platónica de un *ius inter gentes* para acercarla a una discrecionalidad referida al trato humanitario de los enemigos bárbaros. Ello no impide reconocer, empero, el carácter crítico del texto en lo que hace a las normas vigentes en los conflictos armados y su carácter interestatal.

⁸⁵ En efecto, siglos después, será Polibio quien retome la diferenciación al distinguir los actos lícitos —vinculados con la afectación de objetivos necesarios para la ventaja militar— de las conductas excesivas que resultan prohibidas (cf. BEDERMAN, D. op. cit. [2001], p. 246). El propio Polibio explicará (2.58) que, cuando los habitantes de Mantinea enfrentaron a quienes se sublevaban y se entregaron a Esparta para que los ayudara, hubo violaciones al derecho “común”: “deberían haber apartado a estos hombres y permitido que huyeran, de algún modo u otro. Pues esta es la ley que debe aplicarse incluso a los enemigos extranjeros. Pero para poder asegurar a Cleómenes y los lacedemonios su fidelidad en ese momento, deliberadamente cometieron un crimen absolutamente impío, contrario al derecho a las normas justas comunes de los hombres” (...τῶν γε προειρημένων ἀνδρῶν ἐχρῆν δῆπου φεισαμένους ἔασαι πάντας ὑποσπόνδους ἀπελθεῖν. τοῦτο γὰρ καὶ τοῖς πολεμίοις ἔθος ἐστὶ συγχωρεῖσθαι κατὰ τοὺς κοινούς τῶν ἀνθρώπων νόμους. οἱ δ' ἵνα Κλεομένει καὶ Λακεδαιμονίοις ἰκανὴν παράσχωται πίστιν πρὸς τὴν ἐνεστώσαν ἐπιβολήν, τὰ κοινὰ τῶν ἀνθρώπων δίκαια παραβάντες τὸ μέγιστον ἀσέβημα κατὰ προαίρεσιν ἐπέτελεσαν; cf. BÜTTNER-WOBST, Theodor [ed.], *Polybii Historiae*, vols. 1-4, Leipzig, Teubner, 1893-1905). Por lo demás, al hablar del ataque macedonio contra Termo (en el año 218 a.C.) Polibio elabora una nueva clasificación de las acciones llevadas a cabo por el ejército de Filipo III (5.9.1-2): frente a ciertas conductas legitimadas en el seno de un conflicto armado, consideradas justas (*kalós kai dikáios eprátteto*) según las “leyes de la guerra” (*katà toùs τοῦ πολέμου νόμους*), se alzan otros hechos ilegales que ni siquiera él sabe cómo denominar: *tà dè metà ταῦτα πὸς κhrè légein ou oída*. En una operación textual interesante, se ve cómo esta desmesura, que se ejercita en el campo de batalla y se consolida claramente como una actitud contraria a lo prudente (*tò sôphron*), excede tanto las previsiones legales como el discurso; así como no hay normas jurídicas capaces de contener y amparar estos comportamientos, tampoco se encuentran palabras que las describan. Son actitudes inefables, que quedan por tanto sistemáticamente excluidas de toda referencia en las leyes (*nómoi*) y en los discursos (*lógoi*). Polibio no está aislado. Corresponde decir aquí que también se ocupará de reflexionar sobre las leyes comunes griegas en materia de restricciones a la guerra el filósofo Diodoro Sículo (13.23-24; 19.63), que escribió en el s. I a.C., *inter multos alios*.

IV. CONCLUSIONES:
HACIA UN NÓMOS EN POLÉMOI, O EL DRAMÁTICO
LLANTO DE ZEUS

Espero que el reexamen, aunque sea breve, de algunos de los testimonios originales griegos de los siglos V y IV a.C. que aquí se ha procurado realizar haya permitido poner en crisis la tradicional afirmación, tan repetida como infundada, acerca de la inexistencia de regulaciones en los conflictos armados del mundo antiguo. Por el contrario, las citas señaladas autorizan a sostener que existió en aquel contexto la conciencia de un verdadero derecho “común” de los griegos (intra-helénico o *inter-póleis*) que, con las semejanzas y diferencias respecto del Derecho Internacional Humanitario actual, ha servido para establecer límites al inicio de los conflictos armados y para restringir un empleo excesivo de la violencia en situaciones bélicas. La identificación de regulaciones jurídicas en la Grecia antigua referidas a las conductas consideradas obligatorias en los distintos momentos de la conducción de hostilidades, así como de pasajes que promueven una expansión humanitaria de sus alcances, permite aportar interesantes reflexiones en la discusión acerca del carácter consuetudinario actual de las normas que integran el *ius in bello*⁸⁶.

Propongo volver al comienzo de este artículo, y al comienzo de toda la literatura occidental, para unas reflexiones finales. En el seno del Canto VI de la *Iliada*, durante la descripción de los enfrentamientos más cruentos del relato del sitio griego de Troya, el licio Glauco y el argivo Diomedes interrumpen el combate cuando descubren que los une un vínculo pasado de amistad familiar o *xenia* (VI.212-31). La batalla se suspende, y los jóvenes se intercambian sus armas como señal de respeto⁸⁷. La violencia desmedida se ve limitada por la apelación a normas consuetudinarias fundadas en el respeto a los antepasados.

Cuando Sarpedón, el rey de los licios, encuentra por su parte la muerte en el Canto XVI a manos de Patroclo, el mismo Glauco, en rigor su primo, elevará enseguida sus rezos a Apolo y, herido, le pedirá poder rescatar el cuerpo del combatiente del campo de batalla, pedido que le será concedido

⁸⁶ Al discutir los sustentos históricos del Derecho Internacional, DOMINGO, R., op. cit. (2010), p. 4, considera que el antecedente griego puede ser útil para comprender nuestro pasado cultural y, por lo tanto, para comprender el valor actual del derecho en nuestro sistema jurídico: “However, the fact that each age is identified by its law does not mean that in the various legal systems, there are no common points, keys to mutual understanding, recurrent problems, or permanent solutions. This permanence imparts value and meaning to these historical projections and shows that although time may have had great influence in shaping new law, humanity remains the same regardless of the historical moment in which they live. This may be Greece’s great contribution to law — adequately resolving the tension between change and permanence by finding a point of equilibrium that makes it possible to go forward without forgetting the past, and building without dismantling what has already been built”. Cf. también PURNELL, Robert, “Theoretical approaches to International Relations: the contribution of the Greco-Roman World”, en TAYLOR, Trevor (ed.), *Approaches and Theory in International Relations*, London & New York, Longman, 1978, ps. 19-31.

⁸⁷ El respeto de los vínculos de hospitalidad es, casualmente, concebido como una norma común de los griegos en el drama satírico *Cíclope* de Eurípides (v. 299).

(XVI.514-683)⁸⁸. Estas restricciones a la violencia, vinculadas con el entierro de los que mueren en la lucha, también encuentran eco en los propios dioses que, como se dijo respecto de Atenea, intervienen muchas veces para detener las luchas y evitar desmanes. Poco antes, precisamente, de que se produjera la muerte de su propio hijo Sarpedón, Zeus —padre de todos los dioses— se debatía acerca de si debía permitir que se cumpliera el destino fatídico. Cuando su mujer Hera le recuerda que no es posible, ni aun para los dioses, contravenir el destino con voluntades contrarias, el gran Zeus se muestra impotente frente a las consecuencias inevitables de la guerra. Resta, sin embargo, mostrar su indignación y expresar sus sentimientos. Quizás en el momento más conmovedor de todo el relato épico, Zeus —transformado por unos instantes en un mortal que sufre— deja morir a su hijo, y su lamento es infinito (XVI.458-461):

Así habló, y el padre de los hombres y de los dioses no desobedeció, derramando sobre la tierra gotas de sangre en honor de su amado hijo, al que Patroclo iba a matar en Troya, la de fértiles tierras, lejos de su patria⁸⁹.

Se trata de lágrimas humanitarias en el rostro de un dios que, por supuesto, nos recuerdan que existen valores que acompañan a la civilización desde siempre. Valores inherentes al ser humano que el derecho “común” (ese derecho que compartieron los griegos y que sin duda cimienta nuestro Derecho Internacional moderno), ha de defender, proteger y tutelar en toda circunstancia⁹⁰.

⁸⁸ Sobre la recuperación de los cuerpos del campo de batalla, cf. VAUGHN, Pamela, “The Identification and Retrieval of the Hoplite Battle-dead”, en HANSON, Victor D. (ed.), *Hoplites: The Classical Greek Battle Experience*, Routledge, London & New York, 1991, ps. 63-84; GARLAN, Y., op. cit. (1972), ps. 39-40.

⁸⁹ ὡς ἔφατ', οὐδ' ἀπίθησε πατήρ ἀνδρῶν τε θεῶν τε / αἵματοέσσας δὲ ψιάδας κατέχευεν ἔραζε / παῖδα φίλον τιμῶν, τὸν οἱ Πάτροκλος ἔμελλε / φθίσειν ἐν Τροίῃ ἐριβόλακι τηλόθι πάτρης. El texto corresponde a la edición de ALLEN, Thomas W. (ed.), *Homeri Ilias*, University Press, Oxford, 1931.

⁹⁰ Agradezco los valiosos comentarios y las opiniones de la Dra. Hortensia D. T. Gutiérrez Posse y de la Dra. Marta Vigevano, quienes me han invitado a participar de este volumen temático de la Revista. También extendiendo mi agradecimiento a Ailín Domper Murray y Miguel Lanzetti, que han colaborado en la lectura y corrección de este material como parte de sus tareas correspondientes al Programa de Estudiantes Adscriptos a Actividades de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA. Los errores en que puedo haber incurrido son, sin embargo, de mi exclusiva responsabilidad.

SECCIÓN III
DERECHO INTERNACIONAL PENAL

LA SECCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA DEL TRIBUNAL
DE BOSNIA Y HERZEGOVINA COMO PARTE
DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y RECONCILIACIÓN
EN BOSNIA Y HERZEGOVINA

Por ALMIRO RODRIGUES*

INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza el desarrollo de la Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina (BiH) teniendo en cuenta sus especificidades, las conexiones con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y, más concretamente, el llamado “los casos de la norma 11 bis” y el proceso de transferencia. Por otro lado, se presta especial atención a la influencia de la evidencia y la jurisprudencia del TPIY en el proceso interno, la relación futura entre las jurisdicciones penales nacionales e internacionales y el impacto sobre el proceso de justicia y reconciliación.

“La justicia transicional se refiere a una serie de mecanismos que las sociedades se comprometen a implementar con relación a los legados de abusos generalizados o sistemáticos contra los derechos humanos al pasar de un período de conflicto violento o de la opresión hacia la paz, la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos individuales y colectivos”¹.

El enjuiciamiento de los perpetradores de crímenes de guerra es uno de los diferentes enfoques posibles que constituye, no un acontecimiento único² sino un solo proceso junto con el objetivo de la justicia y la reconciliación. De hecho, tanto en relación con el Derecho Internacional Humanitario como a los

* Ex juez del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y juez internacional de la Sección de Crímenes de Guerra Panel de Apelación del Tribunal de Bosnia y Herzegovina, el autor es actualmente juez internacional en la Corte Constitucional de la República de Kosovo. Las opiniones expresadas en este artículo reflejan únicamente las ideas del autor.

¹ Para más información, consulte la página web del Centro Internacional para la Justicia Transaccional, disponible en: <http://www.ictj.org>.

² Ver OLSON, Laura, “Provoking the dragon on the patio, Matters of transitional justice: penal repression versus amnesties”, *International Review of the Red-Cross*, Vol. 88, nro. 862, June 2006, ps. 275/294.

derechos humanos³, los Estados tienen la obligación de investigar y procesar a los criminales de guerra⁴. Para seguir luchando contra los crímenes de su pasado reciente, Bosnia y Herzegovina (BiH) optó, como respuesta a las atrocidades del conflicto 1991-1995, juzgar los crímenes cometidos en ese período por un “tribunal nacional internacionalizado”. La Cámara de Crímenes de Guerra implementó la Sección de Crímenes de Guerra, en el Tribunal de Bosnia y Herzegovina (el Tribunal de BiH) (1). Se trata de una empresa sin precedentes. De hecho, a pesar de su componente internacional, está consagrado en el sistema judicial nacional y no deja de tener relación con el Tribunal Internacional Penal de la ex-Yugoslavia (TPIY). El establecimiento de este tribunal internacionalizado también fue la mejor alternativa a la estrategia de conclusión del TPIY (2). Por lo tanto, el proyecto de la Sección de Crímenes de Guerra no estuvo exento de la influencia de las pruebas del TPIY en el proceso interno (3). Esto nos llevará a la relación entre la persecución de los criminales de guerra, la justicia de transición y la reconciliación en Bosnia y Herzegovina (4) y una conclusión (5).

I. LA SECCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA DEL TRIBUNAL DE BOSNIA Y HERZEGOVINA

El camino desde el proyecto de creación de un Tribunal entonces llamado Cámara Estatal de Crímenes de Guerra hasta el funcionamiento efectivo de la Sección de Crímenes del Tribunal de Guerra de Bosnia y Herzegovina fue largo y complejo (A), pero esta Corte está funcionando plenamente desde el año 2005, a pesar de las especificidades de la Sección de Crímenes de Guerra (B).

a) Desde el proyecto del Tribunal de Crímenes de Guerra a la Sección de Crímenes de Guerra

En 1998, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), siendo conciente de la creación de la Corte Penal Internacional, y asumiendo claramente su carácter *ad hoc*, comenzó a desarrollar lo que hoy se conoce como su “estrategia de conclusión”. Uno de los primeros pasos consistió en la identificación de un tribunal interno confiable para que el TPIY pudiese transferir los casos⁵.

³ Además de las relaciones especiales existentes entre el Derecho Internacional Humanitario y de derechos humanos que son bien conocidas, algunas particularidades en relación con el carácter masivo de crímenes de guerra deben ser tomadas en cuenta. Para seguir avanzando en el tema, véase también: RODRIGUES, Almiro, “Crímenes de Guerra y Derechos Humanos en la acción”, en MANOJ KUMAR SINHA, *Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos* (ed.), Nueva Delhi, Manad Publications, 2010.

⁴ De conformidad con el principio de jurisdicción universal (*aut dedere aut judicare*).

⁵ Ver BOHLANDER, Michael, “The Transfer of Cases from International Criminal Tribunals to National Courts”, 2003, 14 *Criminal Law forum*, p. 59.

Mientras tanto, el 12 de noviembre de 2000, una ley sobre el Tribunal de Bosnia y Herzegovina fue impuesta por el Alto Representante. La Ley fue impugnada por los representantes de la República Srpska en la Casa de los Pueblos ante el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró, a fines de 2002, que la ley estaba de acuerdo con la Constitución de Bosnia y Herzegovina, lo que significa que la aplicación y el establecimiento efectivo del Tribunal podía llevarse a cabo.

A principios de 2001, el establecimiento de una sala de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina se consideró como posible alternativa para tratar los casos (a) que podía ser transferidos por el TPIY, así como los casos nacionales de crímenes de guerra.

En septiembre de 2001, el fiscal jefe del TPIY se dirigió a la Oficina del Alto Representante (OHR siglas en inglés de *Office the High Representative*) en Bosnia y Herzegovina con la solicitud de crear una institución adecuada(s), capaz de tratar los casos que serían transferidos por el TPIY en el marco de su estrategia para iniciar la culminación de la actividad de dicho tribunal.

Por otra parte, conforme a las Reglas del Acuerdo Marco⁶, ya había potencialmente 300 casos, que podrían ser procesados a nivel local por un tribunal interno confiable. Un número significativo de individuos fueron identificados como presuntos criminales de guerra, que no habían sido acusados por el TPIY. Al menos, no estaban incluidos en ninguna investigación. Algunos de ellos ejercían algún grado de control en los municipios donde residían, mientras que otros, incluso, cumplieron funciones oficiales. Estos individuos fueron, y de alguna manera siguen siendo, un problema real. La investigación y persecución de ellos era necesario, para que el imperio de la ley se restablezca. Al parecer, el procesamiento de estos casos correspondería a los tribunales de Bosnia y Herzegovina. Estos casos implicaban cuestiones muy sensibles y resultaba dudoso que pudieran juzgarse localmente. Las investigaciones de la policía local y los procesos eran criticados por tener un sesgo étnico, y estar sujetos a la influencia indebida de los funcionarios y los propios criminales lo que conducía a un procedimiento no profesional.

Por lo tanto, el TPIY desarrolló una propuesta que consistió en la transferencia de algunos casos a un Tribunal Especial en Bosnia y Herzegovina, una especie de “Mini Tribunal de La Haya” en Sarajevo. Antes de la presentación de la propuesta al Consejo de Seguridad de la ONU el 26 de noviembre de 2001, el Fiscal del TPIY, la presentó para su consideración ante la OHR, la Mi-

⁶ El 18 de febrero de 1996, las partes en el Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina acordaron en Roma las acciones para consolidar y avanzar en el proceso de paz. En virtud de las medidas acordadas, contenidas en el párrafo segundo del apartado 5 del Acuerdo de Roma bajo el título “Cooperación en materia de crímenes de guerra y Respeto a los Derechos Humanos”, las partes establecieron que el fiscal del TPIY podía revisar las investigaciones, realizadas en el ámbito nacional, por crímenes de guerra, con el fin de informar si las pruebas eran suficientes o no para los estándares internacionales, a los efectos de justificar la acusación de un sospechoso o su detención.

sión de las Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina (UNMIBH) y al Consejo de Ministros de Bosnia y Herzegovina (COM).

La propuesta fue bien recibida por estas instituciones como una oportunidad para abordar la manera de acelerar los procesos por crímenes de guerra, mejorar la labor del Tribunal y contribuir a la reforma judicial en Bosnia y Herzegovina. Los tres organismos coincidieron en que el Tribunal de Bosnia y Herzegovina parecía ser la institución más apropiada para el enjuiciamiento de crímenes de guerra. Esta decisión presentaba un doble aspecto por un lado la relación tiempo-coste-efectividad y por otro permitiría sortear muchos de los obstáculos legislativos y logísticos que se presentaban. También fue la solución desde el punto de vista del derecho constitucional⁷ ya que el Estado tiene competencia exclusiva en la aplicación de la ley penal internacional e interna, lo cual permite el fortalecimiento de su dinámica.

Esta solución también permitiría, potencialmente resolver algunas de las preocupaciones con relación a los procesos a los que son sometidos los individuos por crímenes de guerra, en relación con la composición étnica de las salas jurisdiccionales⁸. La necesidad de cambio en el sistema judicial⁹ vigente, en ese momento, lo manifiesta de manera explícita el Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Bosnia y Herzegovina: “La falta de una fuerza policial multiétnica y profesional y del funcionamiento de un poder judicial verdaderamente independiente, socavan el imperio de la ley”¹⁰. En resumen, teniendo en cuenta las lagunas existentes en cuanto a los procedimientos por crímenes de guerra conforme a los estándares internacionales, en los tribunales de las

⁷ Art. III.1 (g) de la Constitución de Bosnia y Herzegovina.

⁸ OHR, “Human Rights in Bosnia and Herzegovina”, Priorities for 2002, p. 23, see chapter 5 re Constitutionality.

⁹ Cuatro decenas de informes destacan la necesidad de un cambio en el sistema judicial vigente en ese momento, sin embargo, sólo unos pocos son aquí señalados: ASIL Insights, The Special Court for Sierra Leone, by Professor SCHARF, Michael, October 2000. a) War Crimes Tribunals/Truth Commissions (Commissions of Inquiry) b) War Crimes Trials in Bosnia and Herzegovina c) Possible Judicial System in Bosnia and Herzegovina with respect to war crimes prosecutions; Assessment of the Current Mandate of the Independent Judicial Commission and a Review of the Judicial Reform Follow-on Mission for Bosnia and Herzegovina by Charles Erdmann, November 2001; Courting Disaster: The Misrule of Law in Bosnia & Herzegovina. 25 March 2002. International Crisis Group; ICTY Non-paper – Remission of ICTY Cases to Local Courts Bosnia and Herzegovina, presented to the Security Council 21 November 2001; MCAC Report Nro. 01-11053/01 8 Nov 2001 “Possibilities to Establish War Crimes Processing Judicial Structure in Bosnia and Herzegovina”; OHR Memorandum – Proposal – Restructuring of the BiH Prosecutorial System. February 23, 2002; OHR, Domestic War Crimes Prosecutions, “Questions to be addressed”; Public International Law and Policy Group, The Balkan Institute, “Bringing War Criminals to Justice”; UNMIBH Judicial System Assessment Programme, Thematic Reports. I-X; War Criminal’s in Bosnia’s Republika Srpska. 2 November 2000 “Who are the people in your neighborhood?” International Crisis Group.

¹⁰ CUTILEIRO, Jose, Report of the Special Representative of the Commission on Human Rights on the situation of human rights in Bosnia and Herzegovina, p.7, párr. 10.

entidades que conforman Bosnia Herzegovina¹¹, en ese momento, se requiere una institución especializada en el ámbito estatal a fin de que el TPIY transfiera los casos de Bosnia y Herzegovina (las “Normas del Proceso”)¹². En ese sentido, la OHR elaboró un informe de consultoría en mayo de 2002 que describe los temas que deben abordarse para que el Tribunal de Bosnia y Herzegovina asuma ese reto.

A principios de 2002 se designaron jueces nacionales para integrar la División Administrativa de la Corte de Bosnia y Herzegovina. En marzo de 2002, un panel internacional de expertos¹³ se dedicó a examinar y hacer recomendaciones en cuanto a los procedimientos por crímenes de guerra que tendrán lugar en Bosnia y Herzegovina. En mayo de 2002 se presentó un informe con diversas recomendaciones¹⁴. Era necesario establecer un sistema de protección judicial respecto de aquellas cuestiones que según la Constitución de Bosnia y Herzegovina estaban bajo la jurisdicción del Tribunal de Bosnia y Herzegovina, como la acusación de cometer crímenes y los juicios. Además, con el objetivo de establecer el imperio de la ley y la recuperación de la independencia, imparcialidad e integridad del sistema judicial, es importante subrayar el papel del Tribunal de Bosnia y Herzegovina, como la única institución judicial a nivel estatal, incluso con una presencia de transición internacional.

¹¹ Bosnia y Herzegovina está dividida en dos entidades la Federación de Bosnia y Herzegovina y la República Srpska, con un poder político que la hace en gran medida autónoma, así como el distrito de Brcko, que es administrado conjuntamente por ambos. Cada una de las entidades tiene su propia constitución del sistema judicial y la organización judicial.

¹² Las Reglas del Proceso se establecieron como parte del Acuerdo de Roma de febrero de 1996. En virtud del art. 5º de dicho acuerdo “Las personas, además de los ya procesados por el Tribunal Internacional, puede ser arrestados y detenido por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario en virtud de una orden emitida previamente, la autorización, o la acusación que ha sido revisado y considerado consistente con las normas jurídicas internacionales por el Tribunal Internacional. Los procedimientos serán desarrollados para la toma rápida por el Tribunal y se hará efectiva inmediatamente después de dicha acción “. Así, de acuerdo con este proceso, una orden de arresto contra un sospechoso de crímenes de guerra ante un tribunal nacional en Bosnia y Herzegovina sólo puede ser emitida una vez que el expediente fue revisado y aprobado por la Oficina del Fiscal del TPIY. La razón principal de este proceso es garantizar, en las postrimerías de la guerra, que los individuos no serían ilegalmente o arbitrariamente detenidos, sin evidencia creíble y suficiente. Como resultado de ello, el fiscal revisó 1419 casos contra 4985 personas y aprobó el arresto de 848 personas por cargos de crímenes de guerra. Las reglas de revisión del proceso fueron transferidas a la Oficina del Fiscal de Bosnia y Herzegovina en octubre de 2004. La Fiscalía de Bosnia y Herzegovina revisó y está revisando todavía, y se evalúan los casos presentados por los fiscales a nivel cantonal y de distrito para ver si un caso en particular requiere que sea procesado en el nivel de Sección de Crímenes de Guerra del Estado. Esta revisión sigue los criterios establecidos en el Libro de las Reglas sobre el examen de los crímenes de guerra, del 28 de diciembre de 2004 (KTA-RZ 47/04-1).

¹³ Rodrigues Almiro, Portugal (former Judge of the ICTY); John Ralston, Australia, (ICTY OTP Former Chief of Investigations); Kjell Björnsberg, Sweeden (former Head of the UN Judicial System Assessment Program in BiH); Peter Bach, Denmark (former OSCE Head of Human Rights/Rule of Law Department in the Federal Republic of Yugoslavia).

¹⁴ Ver “Consultant’s Report to OHR”, on *The Future of Domestic War Crimes Prosecution in Bosnia and Herzegovina*, May 2002, OHR.

El 3 de julio de 2002, el Parlamento de Bosnia y Herzegovina aprobó la Ley sobre el Tribunal de Bosnia y Herzegovina. La propiedad del complejo de Ramiz Salcin (complejo en el que el Tribunal de se encuentra y ahora se denomina de esa manera a las instituciones judiciales de Bosnia y Herzegovina) fue transferido en agosto de 2002 a nivel estatal por una decisión de la Oficina del Alto Representante. El 30 de septiembre de 2002, el art. 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPE siglas en inglés de Rules of Procedure and Evidence)¹⁵ del TPIY se enmendó para establecer los criterios que deben cumplirse para que un caso pueda ser transferido a una jurisdicción local, como la Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina.

A principios de 2003, los primeros jueces internacionales fueron designados por la Oficina del Alto Representante en el Tribunal de Bosnia y Herzegovina con el fin de enfrentar al crimen organizado y los casos de corrupción.

A lo largo de 2002 y 2003, y tras el informe de consultoría mencionada presentado ante la Oficina del Alto Representante en mayo de 2002, los nuevos debates sobre estas cuestiones tuvieron lugar en la Junta Directiva del Consejo de Aplicación de la Paz¹⁶ y entre la OHR y el TPIY. A mediados de 2003, se acordó que la OHR debía implementar el proyecto siempre que existieran fondos suficientes para llevarlo a cabo. La OHR dejó en claro que la única manera que el proyecto podía seguir adelante, era si se aseguraba que existían fondos, como mínimo, para dos años para el funcionamiento de la sala de Crímenes de Guerra, es decir, aproximadamente 15 millones de euros.

En noviembre de 2003, en una conferencia de donantes organizada por la OHR y auspiciada por el TPIY, se recaudaron 16,1 millones de euros, lo cual permitió la ejecución del proyecto.

El 1 de diciembre de 2004, entre el OHR y Bosnia y Herzegovina se firma un acuerdo para la creación de la Sección de Crímenes de Guerra¹⁷. Después de un largo camino y a pesar de cierto escepticismo¹⁸, en marzo de 2005, la Corte comenzó oficialmente los preparativos para desarrollar sus actividades y, en septiembre de este mismo año, estaba funcionando plenamente.

¹⁵ Regla 11 bis (Reenvío del Acta de acusación a otra jurisdicción) hace referencia esencialmente a la composición de la Sala de Reenvío, el procedimiento, los casos y los criterios de remisión.

¹⁶ El Comité de Implementación de la Paz (comúnmente conocido por las siglas inglesas PIC) fue creado en la reunión de Londres de la Conferencia Internacional de la ex-Yugoslavia, el 8-9 Diciembre de 1995. Este Comité estaba formado por Canadá, Francia, Alemania, Italia, Rusia, Reino Unido, Estados Unidos, la Unión Europea, la Comisión Europea, La Organización de la Conferencia Islámica, y tenía el mandato de presentar ante el Alto Representante una guía política para la implementación de la paz”.

¹⁷ http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/Registry_Agreement_English_version.pdf

¹⁸ OSCE, “War Crimes Trials before the Domestic Courts of Bosnia and Herzegovina: Progress and Obstacles” (OSCE, March 2005).

b) Las especificidades de la Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de BiH

La creación de la Sección de Crímenes de Guerra forma parte de una revisión del sistema nacional de justicia, para juzgar crímenes de guerra en el ámbito estatal. El nuevo Código Penal (CP) y el Código de Procedimiento Penal (CPP)¹⁹, elaborado a partir de cero en esta revisión, han dado al Tribunal de Bosnia y Herzegovina y, en algunos casos²⁰, a los tribunales cantonales y de distrito, la jurisdicción sobre los crímenes de guerra y otros crímenes internacionales. En cierto sentido, la Sección de Crímenes de Guerra sigue siendo una transición “internacionalizada” aunque plenamente integrada al sistema judicial nacional soberano. Es una experiencia única en el mundo entero en cuanto al procedimiento y juzgamiento de crímenes de guerra. De hecho, a pesar de ser un tribunal nacional, la Sección de Crímenes de Guerra contiene una importante presencia internacional²¹. Durante los dos primeros años del período de transición²², estaba compuesta por dos jueces internacionales y un juez nacional. Para el resto del período, sólo un juez internacional fue parte de ella. Esta composición mixta, nacional e internacional, es también aplicable a la Sala de Apelación. El Fiscal, el personal de apoyo de las Cámaras, la Fiscalía y la Secretaría. La razón de la presencia internacional era asegurar que el estado de derecho y las normas internacionales de derechos humanos fueran acatados en todos los casos, en razón de que todo el sistema jurídico había sido recientemente reconstruido. La Sección de Crímenes de Guerra es un excelente ejemplo de cómo una presencia internacional ha hecho que un Estado no sólo sea capaz de llevar a cabo sus propios juzgamientos contra crímenes de guerra

¹⁹ Hay que decir en primer lugar que el CPP de Bosnia y Herzegovina fue concebido y construido sobre la base de la estructura de las Reglas de Procedimiento del TPIY, que son un *tertium genus* de los sistemas jurídicos del *common law* y del derecho continental. Así, los mecanismos de procedimiento, como las declaraciones de culpabilidad / inocencia, el alegato, la negociación de penas, el status de acusado como el de testigo, la divulgación de los documentos a la defensa, las normas sobre el examen y el interrogatorio de los testigos, la presentación de testigos por la cámara y la protección de las víctimas y los testigos pasaron a formar parte del sistema jurídico de derecho civil. Fue la solución más fácil en todo el proceso de transferencia de casos del TPIY. Se trata de una solución única en el mundo: la nacionalización de un procedimiento internacional. Todo este proceso constituye un instrumento indispensable para la estrecha cooperación del TPIY con la jurisdicción interna. Sin embargo, es necesario decir que estos cambios fueron controvertidos, principalmente porque Bosnia tenía el sistema del derecho continental.

²⁰ Ver Arts. 449 y 27 del Código de Procedimientos Criminal del BiH. Para un conocimiento más detallado ver “The Trial Panel decision” nro. X-KRN/07/332, of 20 April 2007 in the Sifet Krekić case and other decisions on jurisdiction and take over cases.

²¹ La participación internacional se ha considerado necesaria para contrarrestar la desconfianza en el poder judicial local. También se esperaba que la participación internacional creara una percepción pública sobre su independencia e imparcialidad, a diferencia de los tribunales de carácter municipal o distrital cuya política era sesgada y parcial.

²² El período de transición, inicialmente, fue establecido por cinco años, pero luego se extendió por dos años más. El período comenzó en 2005 y expirará en el 2012.

y lograr autonomía total sobre el proceso de justicia y reconciliación sino también y sobre todo para “transformar” los jueces que eran funcionarios públicos en verdaderos jueces, es decir, con las tres “i” características, por así decirlo, de esa función: independencia, imparcialidad e integridad. Algunos informes sobre el sistema judicial reflejaron, desde la percepción pública, verdaderas dificultades a ese nivel²³.

La Sección de Crímenes de Guerra fue y sigue siendo un desarrollo importante por tres razones principales.

En primer lugar, la Sección de Crímenes de Guerra fue crucial en la estrategia de conclusión del TPIY, que debía finalizar su labor. El Consejo de Seguridad²⁴ establece, de esta forma, una obligación a la comunidad internacional, para ayudar en la reconstrucción de las infraestructuras locales legales y permitir que el juzgamiento de los crímenes de guerra se lleve a cabo en el mismo lugar donde habían sido cometidos los crímenes, y también es un llamado a los actores internacionales “para ayudar a las jurisdicciones nacionales”. Este fue el espíritu con el que se creó la Sección de Crímenes de Guerra. La Ley que estableció la transferencia de los casos del TPIY a la jurisdicción nacional en Bosnia y Herzegovina²⁵ se constituyó en una especie de código de procedimiento.

En segundo lugar, la Sección de Crímenes de Guerra fue un paso fundamental en la reconstrucción y reforma de todo el sistema judicial de Bosnia. Tras el conflicto, la infraestructura legal del país había sido destruida. Esto incluye la pérdida de miembros calificados de la profesión, así como la destrucción de instalaciones y equipos esenciales, lo que dificultó la administración de justicia. El sistema de justicia no podía por lo tanto, jugar ningún papel en la erradicación de la impunidad por los horrendos crímenes cometidos durante el conflicto.

En tercer lugar, la Sección de Crímenes de Guerra era vital para el proceso interactivo de la justicia (que tiene que ver con el pasado) y la reconciliación (que tiene que ver con el futuro) en Bosnia. La justicia favorece a la reconciliación, pero la justicia tiene que tener en cuenta la reconciliación. En cierto modo, es necesario cerrar el pasado para una mejor apertura hacia el futuro. A pesar de que no está libre de imperfección y de complejidad, el enjuiciamiento de los presuntos criminales de guerra en su tierra natal tiene un efecto mucho

²³ Judicial System Assessment Programme, ‘Thematic Report III - On Arrest Warrants, Amnesty and Trials *In Absentia*’ (UN Mission in Bosnia and Herzegovina, December 1999); Judicial System Assessment Programme, ‘Thematic Report IX - Political Influence: The Independence of the Judiciary in Bosnia and Herzegovina’ UN Mission in Bosnia and Herzegovina (November 2000).

²⁴ Resolución del Consejo de Seguridad 1503 (2003).

²⁵ Ley de transferencia de casos de la ex -Yugoslavia a la Oficina del Fiscal de Bosnia y Herzegovina y el uso de las pruebas presentadas por el TPIY en el litigio pendiente ante los tribunales de Bosnia y Herzegovina (Gaceta Oficial de Bosnia y Herzegovina, N° 61/04, 41/06, 53/06 y 76/06).

más positivo en la reconciliación que la justicia a “distancia” obtenida en un foro como el TPIY en La Haya. Es importante la percepción que se haga justicia de acuerdo con el principio tradicional “la justicia no sólo se debe aplicar, sino ver que se aplica”.

Una simbiosis sin precedentes se ha desarrollado, desde ese momento, entre las jurisdicciones nacionales e internacionales en este contexto de transición y reconciliación. El mecanismo judicial establecido en la Sección de Crímenes de Guerra es un esfuerzo sin precedentes, ya que se consagró en el sistema judicial nacional. Al subsumir el enjuiciamiento de crímenes de guerra y otros crímenes de dimensión internacional en la propia infraestructura legal de Bosnia, la solución establecida ha dado un paso audaz por delante de los tribunales *ad hoc* existentes y los tribunales “híbridos”, que funcionan bajo los auspicios de la ONU. Los principales ejemplos son los de Sierra Leona, Kosovo, Timor Oriental, la Cámara Extraordinaria de la Corte de Camboya y el Tribunal del Líbano. Que permite a las instituciones soberanas, principalmente la guerra de la Sección de Crímenes de Sarajevo, para erradicar efectivamente la impunidad de los crímenes internacionales cometidos en su propio territorio.

Esta simbiosis ha sido fundamental para la transición, la reconciliación y la reconstrucción de una sociedad tras un conflicto. En este sentido, el ejemplo de Bosnia efectivamente demuestra cómo una presencia internacional en las estructuras judiciales locales ha sido crucial para la regeneración del país y la persecución efectiva de los acusados de crímenes de guerra, dentro de un sistema nacional²⁶, que logra una relación directa con las personas afectadas por esos crímenes.

Por lo tanto, es importante tomar nota de la experiencia de la Sección de Crímenes de Guerra en Bosnia y Herzegovina en la gestión de la transición gradual y del proceso de la reconciliación. Es interesante, destacar los casos,

²⁶ En marzo de 2003, el Código de Procedimiento Penal de Bosnia y Herzegovina fue aprobado. Este nuevo Código de Procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 25 (Acumulación de procedimientos), art. 27 (transferencia de competencias) y art.449 (cesión de los casos comprendidos en la competencia de la Corte), estableció cierto grado de competencia material exclusiva de la Corte de Bosnia y Herzegovina sobre los crímenes de guerra. De hecho, el art. 449 (2) prevé que “los casos que sean competencia de la Corte que se encuentran pendientes ante otros tribunales o fiscalías y en los cuales no exista una decisión jurídica se finalizarán por estos tribunales a menos que la Corte, de oficio o a petición de las partes o el abogado de la defensa, decide intervenir en el caso”. Como podemos ver en el art. 449 (2), los criterios de aceptación son que el caso sea de competencia de la Corte, que no esté pendiente de resolución en otros tribunales o fiscalías antes de la entrada en vigor de este Código, y que no exista un fallo confirmado. Todos los casos, después de marzo de 2003 fueron de la exclusiva competencia del Tribunal de Bosnia y Herzegovina. La intervención en los casos de los tribunales municipales y de distrito fue muy disputada en la jurisprudencia de la Sección de Crímenes de Guerra, lo cual ponía en evidencia la necesidad de una estrategia nacional para el juzgamiento de crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina. Algunas decisiones adoptadas por la Corte podría ilustrar cómo se realiza la intervención en los casos: Nedjo Samardžić, X-KRN-05/49, 9 de septiembre de 2005; Marko Samardžija, X-KRN-05/07, 06/29/2005; Miro RAIC, X-KRN-05/67, 8 de noviembre de 2005; Risto Perisic, X-KRN-05/17, 4 de julio de 2005. Estas decisiones pueden ser consultadas en: <http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=e>.

que han sido transferidos bajo la citada Ley de Transferencia de la ex Yugoslavia a la Sección de Crímenes de Guerra. La transferencia de un caso de una organización internacional a un tribunal nacional, ha demostrado ser un asunto complejo, y ha planteado una serie de difíciles cuestiones jurídicas y organizativas. Pero se debe destacar la forma en que la Sección de Crímenes de Guerra, en cooperación con el TPIY, se ha ocupado de ella. También merece ser objeto de análisis un número de otros principios jurídicos que se han desarrollado como resultado de la transferencia. Estos incluyen, entre otros, el desarrollo de las órdenes de protección al testigo del TPIY, el de “los hechos establecidos” y el régimen de “pruebas documentales” de las actuaciones de la ex-Yugoslavia.

Estos desarrollos se constituyen como principal herencia de la ex-Yugoslavia y como un legado duradero que deben ser mirados por los futuros tribunales que juzguen crímenes internacionales. Teniendo en cuenta la diferente naturaleza jurídica de la ex-Yugoslavia y del CIC, la experiencia puede ser vista como un aprendizaje en la aplicación del principio de complementariedad para la futura relación entre las jurisdicciones penales nacionales e internacionales^{27 y 28}.

II. LAS CONEXIONES ENTRE EL TPIY Y LA SECCIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA

Un puente existe entre el Tribunal y la Sección de Crímenes de Guerra y en ambos sentidos: desde el TPIY a la Sección de Crímenes de Guerra, a través de la transferencia de los llamados “casos 11 bis”²⁹. (A) mientras que el Tribunal de Sarajevo también utiliza pruebas del TPIY (B) y la jurisprudencia en sus propios procedimientos nacionales (C).

²⁷ http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure_of_the_court/office_of_the_prosecutor/network_with_partners/guest_lectures/judge_almiro_rodrigues. “The War Crimes Chamber of Bosnia and Herzegovina: a new solution for the impunity gap”, The Hague, 23 June 2006.

²⁸ Una visión general de la actividad de la Sección de Crímenes de Guerra, seis años después de su creación, podría ser tomado como un elocuente ejemplo de los logros obtenidos por la Sección de Crímenes de Guerra. A partir de marzo de 2011, tomando en conjunto los casos contemplados por el TPIY y los casos iniciados en la Sección de Crímenes de Guerra, hubo un total de 191 procesados con acusaciones confirmadas, 51 acusados fueron en realidad en el juicio o en preparación para el juicio, 111 había una sentencia de primera instancia dictada, diecinueve acusados estaban en proceso de apelación y 82 casos con sentencias finalizados. Estas cifras incluyen dieciséis casos de acuerdo con la fiscalía.

²⁹ Los llamados “casos 11 bis” son los casos que se transfieren a otro tribunal, de conformidad con el art. 11 bis de la RPE de la ex-Yugoslavia.

a) *Los casos del “art. 11 bis”*

El TPIY se estableció como un instrumento *ad hoc* por el Consejo de Seguridad³⁰ y por esa razón no estaba destinado a ser una institución permanente. En efecto, como ya se ha mencionado, el Tribunal está llevando a cabo su estrategia de conclusión³¹, aprobada por el Consejo de Seguridad³². De conformidad con la estrategia de conclusión, la Fiscalía presentó la última acusación a finales de 2004. Con el fin de dar cumplimiento a los plazos fijados para la finalización de la actividad de Tribunal, algunos acusados fueron derivados al Departamento de Crímenes de Guerra de la Fiscalía del Tribunal de Bosnia y Herzegovina, en Sarajevo.

La cooperación con los poderes judiciales de los Estados de la antigua Yugoslavia es un componente clave en la estrategia de conclusión del Tribunal a fin de que el mayor número de casos puedan ser remitidos con éxito³³. La base

³⁰ El propósito del Consejo de Seguridad para establecer el Tribunal se basó en tres objetivos: hacer justicia, dar satisfacción a las víctimas y contribuir al proceso de paz.

³¹ WILLIAMS, Sarah, ‘ICTY Referrals to National Jurisdictions: A Fair Trial or a Fair Price?’ (2006) 17(2) *Crim L F* 177; DOMINIC, Raab, ‘Evaluating the ICTY and its Completion Strategy Efforts to Achieve Accountability for War Crimes and their Tribunals’ (2005) 3(1) *J Int’l Crim Just* 82; DARYL A. Mundis, ‘The Judicial Effects of the “Completion Strategies” on the *Ad Hoc* International Criminal Tribunals’ (2005) 99(1) *Amer J Int’l L* 142; LARRY D. Johnson, ‘Closing an International Criminal Tribunal while Maintaining International Human Rights Standards and Excluding Impunity’ 99(1) *Amer J Int’l L* 158.

³² La Res. 1503 (2003), adoptada por el Consejo de Seguridad en su 4817 sesión del 28 de agosto de 2003, dice lo siguiente: “Recordando y reafirmando en los términos más enérgicos la declaración de 23 de julio de 2002, hecha por el presidente del Consejo de Seguridad (S / PRST/2002/21), que aprobó la estrategia del TPIY para completar las investigaciones hacia finales de 2004, todos los procesos en primera instancia a finales de 2008, y todo su trabajo en 2010 (estrategia de conclusión del TPIY) (S/2002 / 678), concentrando su labor en el procesamiento de quienes se sospeche les cabe la mayor responsabilidad por los crímenes de la competencia del Tribunal Internacional y dando traslado a las jurisdicciones nacionales competentes, según proceda, de las causas en que haya inculpados de menor importancia, y reafirmando también la necesidad de aumentar la capacidad de esas jurisdicciones, (...) 1.

Insta a la comunidad internacional a que ayude a las jurisdicciones nacionales, como parte de la estrategia de conclusión, a aumentar su capacidad para el procesamiento de las causas de que den traslado el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda y alienta a los presidentes, fiscales y secretarios de los dos tribunales a que desarrollen y mejoren sus programas de extensión”

³³ La Res. 1534 (2004), adoptada por el Consejo de Seguridad en su 4935 sesión del 26 de marzo de 2004, dice lo siguiente:

Recordando que la Res. 1503 (2003), “Insta al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) a que tomaran todas las medidas posibles para concluir las investigaciones a fines de 2004, para completar todos los procesos en primera instancia a finales de 2008, y finalizar toda su labor en 2010 (las estrategias de conclusión), y pidió a los Presidentes y Fiscales del TPIY y el TPIR, en sus informes anuales al Consejo, que se expongan en detalle los progresos logrados para aplicar las estrategias de conclusión (...), 4. Insta a los Fiscales del TPIY y del TPIR a que examinen el volumen de causas ante cada tribunal, en particular, para determinar qué causas deberían tramitarse y cuáles transferirse a jurisdicciones nacionales competentes, así como las medidas que deberán ser adoptadas para cumplir las estrategias de conclusión se refiere la Res. 1503 (2003) y los exhorta a que realicen el examen lo antes posible e incluyan un informe sobre la marcha de los trabajos

para dicha cooperación se encuentra en el art. 9º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional³⁴, mediante el cual el Tribunal tiene jurisdicción concurrente con los tribunales nacionales sobre los crímenes internacionales.

Esta disposición da primacía al Tribunal sobre los tribunales nacionales, sin embargo, nunca se pretendió que el Tribunal actúe de forma indefinida como un sustituto de los tribunales nacionales. Por lo tanto, de conformidad con el art. 11 bis de la RPE del Tribunal, los tribunales nacionales pueden actuar en los casos en que se ha confirmado la acusación en el Estado en que se cometieron los crímenes, en el Estado donde el acusado fue detenido o en un Estado que tiene jurisdicción y que está dispuesto y adecuadamente preparado para aceptar el caso³⁵. Fueron trece los casos remitidos para ser juzgado por la jurisdicción nacional³⁶. Además de remitir los casos a la región, el TPIY ha estado trabajando y cooperando activamente para fortalecer los sistemas judiciales nacionales mediante la transferencia de materiales de investigación a los tribunales nacionales en la región.

En los casos en que una acusación aún no se haya realizado, el fiscal del TPIY transfiere todos los documentos de investigación, para su revisión, a las autoridades fiscales de la región. Como resultado, un número de casos se han iniciado y las condenas han sido impuestas por los tribunales locales, tales como la Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina, el Tribunal de Distrito de Belgrado y el Tribunal de Condado de Zagreb. La Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina se esta-

en la evaluación que transmitan al Consejo con arreglo a lo dispuesto en el párr. 6º de la presente Resolución; 5. Insta a cada Tribunal, a que, al examinar y confirmar las acusaciones nuevas, se aseguren de que concentran la labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los delitos que sean de competencia del Tribunal de que se trate, según se establece en la Res. 1503 (2003)”.

³⁴ Art. 9º (jurisdicción concurrente):

1. El Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a personas por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991.

2. El Tribunal Internacional tendrá primacía sobre los tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional podrá solicitar formalmente los tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional de conformidad con el presente Estatuto y la RPE del Tribunal Internacional.

³⁵ Esto está en conformidad con el principio de jurisdicción universal. Bajo el principio de jurisdicción universal, cualquier Estado tiene derecho a enjuiciar a personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra y no se requiere el consentimiento de otro Estado. Este principio sólo reafirma la idea fundamental de que los criminales de guerra no son inmunes a la persecución, los responsables de la comisión de crímenes de guerra son responsables de sus actos y deben ser llevados ante la justicia. El objetivo es, en efecto mejorar el procesamiento efectivo y la represión de los delitos de trascendencia internacional, tales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

³⁶ Un total de ocho casos de trece personas acusadas por el TPIY han sido remitidos al Tribunal de Bosnia y Herzegovina. Sobre la base de la acusación del TPIY y las pruebas, presentadas por el Fiscal del Tribunal, estos casos fueron juzgados de acuerdo con la legislación nacional.

bleció en marzo de 2005. Esta es la primera corte permanente y especializada a nivel estatal, cuyo propósito es juzgar a los presuntos responsables de violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Mientras que la Sección de Crímenes de Guerra es mixto, compuesto por personal nacional e internacional, que opera bajo la legislación nacional de Bosnia. La Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de Bosnia y Herzegovina se ha convertido en uno de los socios clave del TPIY en la región para la recepción de los casos contemplados en la regla 11 bis³⁷ y para el inicio de acciones judiciales.

La Ley de Transferencia (LT siglas en inglés de *Law of Transfer of Cases*) es un vínculo esencial entre las dos jurisdicciones³⁸. El art. 1º [Ámbito de aplicación] determina que «las disposiciones establecidas en la presente Ley regularán la transferencia de los casos por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, de la Fiscalía de Bosnia y Herzegovina y la admisibilidad de las pruebas presentadas por el Tribunal en los procedimientos ante los tribunales de Bosnia y Herzegovina”.

La eficacia de éste vínculo es crucial en un caso transferido para lograr el acatamiento a la ley. Un número de factores pueden dificultar la efectiva aplicación de la justicia cuando el caso se transfiere, a saber: el punto exacto en el que un caso deja de estar sujeto a la jurisdicción internacional y el punto exacto en el que la jurisdicción interna se hace cargo, el régimen relativo a la prisión preventiva durante el período de transferencia y la adaptación de la acusación del TPIY al momento de transferencia.

Estas cuestiones están, prima facie reguladas por la LT, pero los aspectos prácticos de la transferencia han planteado muchas complejidades que la Sección de Crímenes de Guerra se ha visto obligada a abordar. Por otra parte, la LT es un nuevo mecanismo legal, se trata de un fenómeno jurídico nuevo. Por eso no cuenta con el antecedente de la jurisprudencia para dilucidar muchas cuestiones complejas que han surgido. Sin embargo, la jurisprudencia en casos de transferencia sustanciados en la Sección de Crímenes de Guerra podría ser de gran utilidad para futuras situaciones, donde la Corte Penal Internacional

³⁷ En conformidad con el art. 11 bis, una Sección de Remisión, integrada por tres magistrados permanentes seleccionados de la Sala de Primera Instancia, es nombrada por el presidente del Tribunal para determinar si un caso debe ser remitido a las autoridades de un Estado. Después de haber oído a las partes y garantizar que el acusado reciba un juicio justo y que no se aplicará la pena de muerte, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos imputados y el nivel de responsabilidad de los acusados la Sección de Remisión podrá ordenar la traslado de la causa. Las principales disposiciones de procedimiento tienen que ver con: la entrega del acusado al Estado donde se cometió el crimen, la permanencia en vigor de las medidas de protección, la información relacionada con el caso y el material soporte de la acusación, el control de la demanda ante los tribunales nacionales, y la posibilidad de revocación de la orden y hacer una petición formal de aplazamiento.

³⁸ Law on Transfer of cases from ICTY to the Prosecutor’s Office of BiH and the use of Evidence collected by ICTY in Proceedings before the Courts in BiH, (“Official Gazette of Bosnia and Herzegovina” nro. 61/04, 46/06, 53/06, 76/06) at:http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/BH_LAW_ON_TRANSFER_OF_CASES_-_Consolidated_text.pdf.

podrá tener la oportunidad de establecer relaciones de cooperación con las jurisdicciones nacionales.

El art. 2 de la LT³⁹ prevé la forma de agilizar el proceso de adaptación de un acta de acusación del TPIY a la jurisdicción interna. El espíritu de esta disposición es el aprovechamiento de la labor ya realizada por el TPIY. Por ejemplo, no hay necesidad de confirmar una acusación que ya ha sido confirmada por el Tribunal, a menos que la Fiscalía de BiH desee ampliar la acusación. En ese caso, una confirmación parcial es necesaria. Si no es así, se requerirá que se adapte a las disposiciones legales del Código de Procedimiento Penal (CPP) de BiH.

La evidencia recopilada previamente por el TPIY es aceptada en el proceso de adaptación, este es un factor muy importante en la agilización del proceso y a los efectos de prevenir demoras. En cumplimiento de este objetivo, los límites de tiempo permitidos para el proceso de adaptación son estrictos. Es muy importante el intercambio de pruebas y la aceptación de los cargos emitidos por el TPIY. La agilidad del proceso de transferencia requiere asumir varios compromisos. De esta manera se logra que el Tribunal trabaje en colaboración con los tribunales nacionales en todo el proceso del caso de transferencia. Esta asociación también proporciona una base importante para la futura cooperación entre los tribunales internacionales y nacionales.

En cuanto a la detención preventiva, la LT es clara e inequívoca. Afirma que, al momento del traslado, “la custodia y la detención de las personas se regulará de acuerdo con el CPP de BiH”. Sin embargo, los aspectos prácticos de un caso nuevo pueden hacer que el funcionamiento de esta disposición sea menos sencilla de lo que inicialmente parece. En los casos transferidos de Stankovic y Jankovic, se planteó esa situación ya que la acusación y los archivos del caso no habían sido trasladados con el propio acusado.

La prueba, en el CPP de BiH, y la orden de custodia, está estrictamente regulada por el art. 132 del CPP, que, a su vez, cumple con los requisitos del art. 5° [derecho a la libertad] de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Se requiere, como criterio principal que la detención se base en “sospechas fundadas” de que el acusado cometió los delitos que se le imputan.

Por el contrario, sin embargo, en muchos casos de crímenes de guerra, es muy difícil para un tribunal para liberar a un acusado dentro de la comunidad en la que los crímenes fueron cometidos. En el caso que la LT no prevea disposiciones especiales sobre la transferencia de los casos, se aplicarán las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal de BiH y los Có-

³⁹ Las ideas principales del art. 2° de la Ley de Transferencia son: la Fiscalía de BiH adoptará el auto de procesamiento confirmándolo si es compatible con el CPC de Bosnia y Herzegovina, el Tribunal de Bosnia y Herzegovina aceptará la acusación si reúne los requisitos formales del CPC de BiH y, si hay nuevos cargos, el Tribunal de BiH deberá confirmar la acusación, pero sólo en relación con esos cargos adicionales.

digos de Procedimiento Penal de la República Srpska, la Federación de Bosnia y Herzegovina y el Distrito de Brčko⁴⁰.

El CPP de BiH contiene una variedad de mecanismos, que pueden ser utilizados para hacer que el proceso de transferencia y el proceso de adaptación sea más eficaz y rápido. Por ejemplo, el art. 239 del CPP otorga al juez la responsabilidad general de “gestionar de manera eficaz los casos”. Se impone al juez una obligación generalizada para asegurar que un determinado caso no está sujeto a ningún tipo de dilaciones indebidas en cualquier etapa de su proceso, incluyendo la etapa de investigación / preliminar, que abarca el estado de un caso a su traslado desde el TPIY.

Tanto el proceso de transferencia como la posterior adaptación están sujetos a demoras. En este sentido, es importante que existan disposiciones en la legislación nacional, cuyo objetivo sea acelerar los procesos de manera efectiva. Esto es particularmente importante a la luz del hecho de que la CPP no establece plazo alguno para el proceso de adaptación. Este proceso, junto con la “etapa de investigación” están sujetos a ciertas salvaguardias contenidas en el CPP.

b) Los casos II bis trasladados a BiH

En julio de 1998, en Roma, fue aprobado el Estatuto de la CPI. Fue un acontecimiento importante para la justicia penal internacional con un fuerte impacto para la supervivencia del TPIY. Como un mecanismo permanente de justicia, era necesario asumir el carácter *ad hoc* del Tribunal Penal Internacional y en consecuencia adoptar una estrategia de conclusión para la finalización del TPIY. Desde 1999, el Tribunal inició un debate interno, llevando a cabo un programa de trabajo tendiente a la finalización de los casos, dejando a algunos de ellos dentro del ámbito de las jurisdicciones nacionales, bajo el principio de jurisdicción concurrente establecido en el art. 9º del Estatuto del TPIY.

Por lo tanto, en la presentación de su programa de reformas al Consejo de Seguridad, en noviembre de 2001, el presidente del Tribunal planteó la posi-

⁴⁰ Para aquellos que no están familiarizados con el sistema jurídico de Bosnia y Herzegovina, debemos decir que no existe un sistema jurídico nacional. El Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina (conocido como acuerdo de “Dayton”) fue rubricado el 21 de noviembre de 1995, y firmado en París el 14 de diciembre de 1995. Bajo los términos del anexo 2 del Acuerdo de Paz de Dayton, Bosnia se considera un estado, pero se divide, a lo largo de la línea de alto el fuego desde el 12 de octubre de 1995, en dos “entidades”. Estas entidades, la Federación Bosnia y Croata de Bosnia y Herzegovina con “diez cantones musulmanes y croatas y cantones mixtos, en el noroeste, suroeste, centro y este de Bosnia, Sarajevo y el oeste de Herzegovina, y la entidad serbia de Bosnia, conocida como la República Srpska, que cuenta con siete regiones con 63 distritos en el oeste, el norte y el este de Bosnia y Herzegovina oriental. Sarajevo es la capital de ambas entidades. También hay un distrito autónomo de Brčk. Así, el sistema judicial se basa en las entidades de la República Srpska, la Federación de Bosnia y Herzegovina y el Distrito de Brčko. En BiH, hay cuatro Códigos Penales y cuatro Códigos de Procedimiento Penal, siendo uno nacional (CP y CPP de BiH) aplicado por el Tribunal de BiH y los otros tres para cada una de las entidades.

bilidad de remitir algunos casos a los tribunales nacionales (...) ⁴¹. Él, además, hizo hincapié en la necesidad de asegurar, antes de remitir los casos a los tribunales nacionales, que deben tener los recursos suficientes y estar plenamente preparados para asumir los casos. A continuación, el Presidente, el Fiscal y el Secretario crean un grupo de trabajo encargado de examinar los problemas relacionados con la implementación de un proceso de remisión de casos. El 23 de abril de 2002, en una sesión plenaria extraordinaria, el Presidente, el Fiscal y el Secretario presentaron el informe a los jueces del Tribunal, quienes adhirieron a las principales cuestiones contempladas en él.

Además, la Res. 1503 (2003) ⁴², "...Insta a la comunidad internacional para prestar ayuda a las jurisdicciones nacionales, como parte de la estrategia de conclusión, en la mejora de su capacidad para procesar los casos transferidos por el TPIY y el TPIR, y exhorta a los presidentes de Tribunales, Fiscales y secretarios a desarrollar y mejorar sus programas de extensión". Más tarde, también la Res. 1534 (2004) ⁴³, "Insta a los Fiscales del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda a que examinen el volumen de causas ante cada Tribunal, en particular para determinar qué causas deberían tramitarse y cuáles transferirse a jurisdicciones nacionales competentes, así como las medidas que tendrán que adoptarse para cumplir las estrategias de conclusión a que se hace referencia en la Res. 1503 (2003), y los exhorta a que realicen el examen lo antes posible e incluyan un informe sobre la marcha de los trabajos en la evaluación que transmitan al Consejo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 6 de la presente resolución". Por otra parte, la resolución "...Insta a cada uno de los tribunales a que, al examinar y confirmar las acusaciones nuevas, se aseguren de que concentran la labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les

⁴¹ Ver Ninth annual report of ICTY, en http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_2002_en.pdf.

⁴² Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4817a, el 28 de agosto de 2003 y "recordando y reafirmando en los términos más enérgicos la declaración de 23 de julio 2002 por el presidente del Consejo de Seguridad (S/PRST/2002/21), que aprobó la 1 estrategia del TPIY para concluir las investigaciones a finales de 2004, todos los procesos en primera instancia a finales de 2008, y todo su trabajo en 2010 (estrategia TPIY Finalización) (S/2002/678), al concentrarse en el procesamiento y juicio de los más altos dirigentes sospechosos de ser los máximos responsables de crímenes bajo la jurisdicción del TPIY y los casos de transferencia de participación de los que no puede soportar este nivel de responsabilidad de las jurisdicciones nacionales competentes, según proceda, así como el fortalecimiento de la capacidad de las jurisdicciones.

⁴³ Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4935a, el 26 de marzo de 2004 y "Recordando que la Res. 1503 (2003), instó al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) a tomar todas las posibles medidas para concluir las investigaciones a finales de 2004, para completar todos los procesos en primera instancia a finales de 2008, y que toda su labor en 2010 (las estrategias de conclusión), y pidió a los presidentes y fiscales del TPIY y el TPIR, en sus informes anuales al Consejo, para explicar sus planes para aplicar las estrategias de conclusión".

cabe la mayor responsabilidad respecto de los delitos que sean de competencia del Tribunal de que se trate, según se establece en la Resolución 1503 (2003)”.

El caso de Radovan Stankovic fue el primero en ser transferido por el TPIY de Bosnia y Herzegovina. El 10 de julio de 2002, fue puesto bajo custodia en la Unidad de Detención del TPIY. El 1 de septiembre de 2005, la Sección de Remisión del TPIY decidió el traslado del caso a la Corte de Bosnia y Herzegovina y el 29 de septiembre de 2005, el acusado fue trasladado a Bosnia y Herzegovina. El 7 de diciembre de 2005, el Tribunal confirmó/aceptó la acusación. Este fue también el primer caso que se sustanció en el marco del art. 11 bis, ante el Tribunal de Bosnia y Herzegovina. El 14 de noviembre de 2006 el Tribunal de Bosnia y Herzegovina dictó la sentencia de primera instancia por la cual encontró al acusado culpable de crímenes contra la humanidad y lo condenó a 16 años de prisión. El 28 de marzo 2007, el Tribunal de Bosnia y Herzegovina, Sección de Apelación modificó la sentencia a 20 años de prisión.

El 1 de noviembre de 2005, el caso de Gojko Jankovic fue enviado por el TPIY a la Corte de Bosnia y Herzegovina. El 16 de febrero 2007, el Tribunal de Bosnia y Herzegovina dictó sentencia de primera instancia encontrando al acusado culpable de crímenes contra la humanidad y lo condenó a 34 años de prisión. El 19 de noviembre de 2007, la Sala de Apelación del Tribunal de Bosnia y Herzegovina confirmó la sentencia.

El 22 de septiembre de 2006, Pasko Ljubivic fue trasladado al Tribunal de Bosnia y Herzegovina. Su juicio comenzó el 11 de mayo de 2007. Tras la aceptación de un acuerdo entre las partes, el Tribunal de Bosnia y Herzegovina dictó una sentencia el 29 de abril de 2008, por encontrar al acusado culpable de crímenes de guerra y lo condenó a diez años de prisión.

El 9 de mayo de 2006, el caso Željko Mejakić, Gruban Momčilo, Fuštar Dušan y Duško Knežević fue trasladado a Bosnia y Herzegovina. Tras la aceptación de culpabilidad por un acuerdo entre la Oficina del Fiscal de Bosnia y Herzegovina y Dušan Fuštar, el Tribunal de Bosnia y Herzegovina separó su caso de la causa contra los otros acusados y, el 22 de abril de 2008, pronunció el fallo que encontró a Fuštar culpable de crímenes contra la humanidad y lo condenó a nueve años de prisión. El 30 de mayo de 2008, el Tribunal de Bosnia y Herzegovina dictó una sentencia de primera instancia, encontrando a Željko Mejakić, Gruban Momčilo y Knežević Duško culpables de crímenes contra la humanidad. Mejakić fue condenado a 21 años de prisión, Gruban a 11 años de prisión y Knežević a 31 años de prisión. El 16 de feb 2009, la sala de Apelación del Tribunal de Bosnia y Herzegovina confirmó las sentencias de Mejakić y Knežević y redujo la pena Gruban a siete años de prisión.

El 3 de octubre 2006, El caso de Rašević Mitar y Savo Todović fue trasladado a Bosnia y Herzegovina. El 28 de febrero de 2008, el Tribunal de Bosnia y Herzegovina dictó una sentencia de primera instancia en la cual encontró a los acusados culpables de crímenes contra la humanidad. Rašević fue condenado a 8,5 años de prisión y Todović a 12,5 años. El 6 de noviembre de 2008,

la Sala de Apelación del Tribunal de Bosnia y Herzegovina redujo la condena de Rašević a siete años de prisión.

El 11 de junio de 2007, el caso Milorad Trbić fue trasladado a Bosnia y Herzegovina. El 16 de octubre de 2009, la sentencia de primera instancia ante el Tribunal de Bosnia y Herzegovina dictó sentencia en primera instancia encontrando al acusado culpable de genocidio y lo condenó a treinta años de prisión. El 21 de octubre de 2010, la Sala de Apelación del Tribunal de Bosnia y Herzegovina confirmó la sentencia.

El juicio Stankovic se considera que ha sido un hito en el establecimiento del imperio de la ley en Bosnia y Herzegovina, principalmente en los derechos humanos^{44 y 45}. Sin embargo, Stankovic, debido a la falta de un establecimiento de detención adecuado y conforme a la normativa entonces vigente, fue enviado a la prisión de Foca, de donde escapó el 25 de mayo de 2007. Un número de personas sospechosas de ayudar a Stankovic en su huida fueron detenidas con posterioridad. La Fiscalía de Bosnia y Herzegovina está llevando a cabo investigaciones sobre el caso. La fuga de Stankovic subraya las deficiencias cada vez mayores del sistema penitenciario en Bosnia y Herzegovina. No sólo las instituciones están saturadas, sino también existe una importante falta de espacio físico adecuado para las personas que son condenadas y que requieren un alto nivel de seguridad. En este caso y frente a esta situación, el TPIY debería haber solicitado de nuevo el caso⁴⁶ con el único propósito de poner en práctica la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Bosnia y Herzegovina, ya que su arresto podría haber sido más efectivo con la emisión por parte del TPIY de una orden de arresto internacional que podría haber sido ejecutada en virtud del Capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas. Desafortunadamente esto no ha sucedido hasta ahora.

III. LA INFLUENCIA DE LAS PRUEBAS DEL TPIY EN EL PROCESO INTERNO

El RPE del TPIY establece diversas normas sobre la prueba. Estas reglas se encuentran principalmente en el conjunto de normas relacionadas con las

⁴⁴ Ver OSCE Reports of 27 June 2007, 20 March 2007, 20 September 2006, 7 June 2006 and 20 February 2006 on the Stankovic case, en: <http://www.icty.org/sid/8934>.

⁴⁵ Ver también: RODRIGUES, Almiro, "War Crimes and Human Rights in action", in Manoj Kumar Sinha (ed), *International Criminal Law and Human Rights*, New Delhi, Manak Publications, 2010.

⁴⁶ El art. 11 bis (F) establece que "En cualquier momento después que la orden ha sido expedida de conformidad con este artículo y antes de que el acusado es declarado culpable o absuelto por un tribunal nacional, la Sección de Remisión podrá, a petición de la Fiscalía y teniendo en cuenta la oportunidad conferida a las autoridades del Estado de ser escuchado, revocar la orden y hacer una petición formal de aplazamiento en los términos del art. 10", asumiendo que la lucha contra la impunidad sólo se logra si el acusado cumple la pena impuesta.

diligencias preliminares y la producción de pruebas. Dentro de estas disposiciones las normas sobre la protección de víctimas tienen especial relevancia.

En suma, estas disposiciones hacen referencia principalmente a las pruebas aportadas por los testigos (testimonios orales, el testimonio por video-conferencia, las declaraciones por escrito/ prueba de los hechos que no sea por la evidencia oral, el testimonio de los testigos protegidos, las pruebas aportadas por los peritos), las pruebas forenses, los documentos que no fueron dados a conocer en la divulgación de la información (art. 70), la notificación judicial (art. 94), el testimonio del acusado (art. 85 C) o la declaración del acusado (art. 84 bis).

Todos estos tipos de pruebas tienen un fuerte impacto en los procedimientos nacionales. De hecho, en muchos casos existen buenas y suficientes razones para que los tribunales nacionales tengan en cuenta todos los elementos de prueba del TPIY, o al menos que no los ignoren: la competencia material y territorial del TPIY es la misma que para los tribunales nacionales; el principio de la economía y la armonía procesal en juego; el respeto a las víctimas y los testigos; los mismos documentos únicos que pueden aplicarse a iguales operaciones⁴⁷, el trasfondo histórico es común, la definición legal de los crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional y los tribunales nacionales es la misma, los elementos de las violaciones penales considerados por las decisiones y la jurisprudencia del TPIY no pueden ser dejados de lado.

De hecho, como ya se mencionó, un aspecto importante de la LT es la aceptación por parte del Tribunal de Bosnia y Herzegovina de las pruebas presentadas por el TPIY. El Artículo 3 de la LT establece que, como regla general, la evidencia recopilada de conformidad con el Estatuto del TPIY y el RPE puede ser utilizada en el procedimiento ante el Tribunal de Bosnia y Herzegovina.

El art. 4º amplía aún más este principio: por *propio motu* o a pedido de parte los tribunales, previa audiencia de las partes, podrá decidir admitir como probados los hechos que han sido establecidos por decisiones vinculantes en cualquier otro procedimiento por el TPIY o a aceptar la evidencia documental de las actuaciones de la ex-Yugoslavia en relación con los asuntos en litigio en el presente procedimiento”.

El Tribunal de BiH, cuando acepta los hechos establecidos por el TPIY, sigue el criterio general establecido en el caso Fiscal contra Momcilo Krajisnik⁴⁸, que es: el hecho es distinto, concreto e identificable, se limita a un análisis de los hechos y no incluye una caracterización legal de él, fue impugnado en un juicio y forma parte de un proceso que no ha sido apelado o ha sido finalmente establecido en la apelación; fue debatido en el juicio y ahora forma parte de una sentencia que está apelada, pero forma parte de cuestiones que no

⁴⁷ En virtud del art. 2º [Definiciones] del EPR TPIY operación es “una serie de actos u omisiones tanto si se producen como un sólo evento o una serie de eventos, en un solo lugar o diferentes que forman parte de un plan, de una estrategia o de una organización común”.

⁴⁸ “Prosecutor v. Momcilo Krajisnik”, ICTY Case nro. IT-00-39-A

están en disputa durante la apelación; no confirma la responsabilidad criminal del acusado; no es el tema de una disputa (razonable) entre las partes en el caso; no está basado en alegatos de casos anteriores; y no tiene impacto en los derechos del Acusado a tener un juicio justo. También “las transcripciones de las declaraciones de los testigos ante el TPIY y los registros de declaraciones de testigos hechas ante el TPIY, en conformidad con el art. 71 de la RPE del TPIY, serán admisibles ante los tribunales a condición de que ese testimonio o declaración sea relevante para los hechos en cuestión”⁴⁹.

La circunstancia que el procedimiento en BiH permita aceptar como probados los hechos no quiere decir que no puedan ser impugnados o refutados en el juicio, sino que la carga de la prueba de descalificar estos hechos se desplaza a la parte contendiente⁵⁰.

Esta es una faceta fundamental de la relación simbiótica que tiene que existir entre una organización internacional y un tribunal interno que juzga crímenes de guerra. Se establece una relación dinámica entre las pruebas ya recogidas en el plano internacional y el sobreseimiento dictado a nivel nacional.

Por otra parte, el art. 8º [Documentos y pruebas forenses recogidas por el TPIY] de la LT establece que “los documentos originales, copias certificadas y las pruebas forenses recogidas por el TPIY será utilizados por los tribunales y serán tratados como si fueran obtenidos por las autoridades nacionales”. Además, el art. 9º [Acuerdo con el TPIY] también prevé que “el Consejo de Ministros de Bosnia y Herzegovina podrá celebrar un acuerdo por separado con el TPIY sobre asistencia técnica para el traslado de los casos por el TPIY a las autoridades nacionales”.

Las disposiciones anteriores no se limitan sólo a los casos transferidos por el TPIY ante la Sección de Crímenes de Guerra del Tribunal de BiH, en todos los otros casos (como los pendientes en los tribunales cantonales o de distrito) los hechos relevantes que se han establecido ante el TPIY puede ser tenidos por probados. El Tribunal puede decidir establecer, a través de una constatación judicial, la autenticidad de los hechos y los medios de pruebas admitidos en otros casos judiciales que han sido llevados ante el Tribunal en relación con esa instancia. Esto está estrictamente regulado por la regla 94 (B) del RPE. También la declaración de un testigo experto realizada en un proceso ante la sala de primera instancia del TPIY será admisible como prueba en los procesos penales internos, si la persona que atiende a prestar declaración oral en los

⁴⁹ Art. 5º (2) de La Ley de Transferencia.

⁵⁰ Por ejemplo, uno de esos hechos fue la existencia de “un ataque extendido y sistemático por parte del Ejército Bosnio Serbio directamente contra la población civil Bosnia en los territorios de las Municipalidades de Foča, Kalinovik and Gacko” en el período establecido por la acusación en el caso “Samardžić” (X-KRŽ-05/49 - Samardžić Nedo). Estos hechos fueron invocados en varias de las decisiones del TPIY. Similar decisión fue adoptada en varios casos, tales como: X-KRŽ-05/107 - Damjanović Goran and Zoran; X-KRŽ-05/70 - Stanković Radovan; X-KRŽ-05/40 - Kovačević Nikola; X-KRŽ-06/298 - Lučić Krešo; X-KRŽ-05/58 - Mandić Momčilo; X-KRŽ-05/16 - Paunović Dragoje; X-KRŽ-06/217 - Vuković Radmilo.

procedimientos. Sin embargo, el art. 5 (las pruebas aportadas al Tribunal por los testigos) de la LT establece que los tribunales pueden excluir el testimonio prestado por un testigo amparado por medidas de protección⁵¹ cuando el valor probatorio sea inferior al perjuicio que le podría ocasionar el testimonio.

IV. JUSTICIA Y LA RECONCILIACIÓN

Cuando se mira el ámbito de la justicia penal internacional y nacional desde el punto de vista de la reconciliación, algunas observaciones pueden ser realizadas. Parece que el futuro de la justicia penal internacional se centrará en la ex Yugoslavia. ¿Qué valor tienen los tribunales lejanos para los residentes locales que observan los juicios de los crímenes de guerra que tienen lugar en La Haya?

Los tribunales penales tienen un papel que jugar que va más allá de la mera atribución de justicia. Aunque el propio proceso judicial debe seguir siendo la prioridad, las decisiones judiciales deben tener un impacto tangible no sólo en el proceso de reconciliación de una sociedad post-conflicto, sino también en la prevención de futuros conflictos.

Es por esta razón, aunque la justicia penal internacional se centró en La Haya, que hay un beneficio sustancial, cuando las circunstancias lo permiten, en la realización de un proceso penal (como la comparecencia, las declaraciones de apertura, los argumentos de cierre o el dictado de sentencias) en el lugar donde las víctimas sufrieron los delitos. Algunas lecciones pueden ser aprendidas de la experiencia del TPIY, es decir, al poner en práctica el Programa de Divulgación, es importante tener en cuenta las situaciones que se plantean cuando los tribunales se establecen lejos de las personas afectadas y del territorio donde se cometieron los crímenes.

El Consejo de Seguridad de la ONU en la resolución que estableció el Tribunal expresó la convicción de que la justicia debe “contribuir a la restauración y el mantenimiento de la paz”. Por primera vez en la historia, el Consejo de Seguridad adoptó como medida de reconciliación a la justicia y no a las armas. Esto es bastante nuevo. Así, se establece un nuevo enfoque de la justicia. La justicia tiene que hacerse no sólo de una manera técnicamente correcta, de acuerdo con el debido proceso, sino también hacerse teniendo en cuenta a los seres humanos afectados por las atrocidades. Ahmici⁵² y su mezquita fueron reconstruidos, pero la animosidad aún permanece allí.

⁵¹ El Tribunal de Bosnia y Herzegovina tiene su propia ley de protección de testigos en tratamiento y testigos vulnerables (“Boletín Oficial” de Bosnia y Herzegovina, 03/03, 21/03, 61/04, 55/05) en: http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/en/zakon_o_programu_zastite_svjedoka_29_04_-_eng.pdf.

⁵² La situación de Ahmici fue la cuestión principal en el Caso nro. IT-95-16-A “Prosecutor v Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Vladimir Santic”

Tras el conflicto en Bosnia, la justicia, la verdad y la reconciliación están en juego, como resultado de la resistencia en la región, de muchos, de aceptar que su propio grupo étnico cometió atrocidades. La violencia ha terminado, se está haciendo justicia, pero Bosnia quedó muy dividida.

Es necesario un debate genuino y honesto y un análisis de los hechos fuera de la estructura de la justicia que a veces resulta limitada. Otras medidas para esclarecer la verdad del conflicto debe incluir a aquellos que no participan estrictamente a través de la justicia. La verdad tiene diferentes facetas (sociológica, psicológica, legal, judicial, histórica y otras). Muchas personas en los Balcanes muestran resistencia ante la realidad de lo que ocurrió en el conflicto. ¿Qué se podría hacer por ellos, para que puedan aceptar la realidad? ¿Cómo podemos entender y explicar estas distintas verdades? Debe estar disponible un foro solemne y público donde las víctimas puedan hablar más de lo que deban responder, tal como sucede dentro de la estructura limitada de la justicia. Otra opción sería la de aceptar, en las normas del procedimiento legal, una especie de declaración de clausura, después del testimonio de las víctimas/testigos, por la cual se les permita expresarse sin tener que responder preguntas de los demás.

El establecimiento de un registro histórico preciso de los acontecimientos que han afectado a una sociedad es uno de los propósitos principales de un juicio. Sin embargo, algunas formas de impartir justicia son sólo una manera de reducir el alcance de la mentira. Es obvio que los procedimientos legales ponen, en especial a las víctimas / testigos, en una situación donde revelar o confirmar la verdad puede dar lugar a que ellos también puedan ser castigados. Las medidas de protección no siempre son suficientes para que las víctimas/testigos se sientan totalmente libres para testificar. La reconciliación no se puede lograr en una atmósfera de coacción y presión.

Otro aspecto desde el punto de vista de la reconciliación, es que no tiene sentido distinguir entre peces “grandes” y peces “pequeños”. Todo el mundo está hablando de Mladic y Karadzic, pero los verdugos que cometieron atrocidades y que aún caminan libres en los pueblos son más importantes para aquellas personas que sufrieron abusos como resultado directo de sus acciones, y que por lo tanto han sufrido un daño mucho más directo que el que hubiesen podido recibir de una persona lejana que tomaba las decisiones importantes.

Por otra parte, la continua “libertad” e “impunidad” que siguen gozando Ratko Mladić y Goran Hadžić claramente afecta a muchos en Bosnia y dificulta los esfuerzos de reconciliación en los Balcanes. No es coherente hablar de reconciliación y de paz, cuando la mayoría de los presuntos responsables siguen en libertad. No es posible para los sobrevivientes promover la reconciliación, cuando saben que los principales responsables siguen en libertad y no

y fue también considerado en los Casos nro. it-95-14-t, “The Prosecutor v. Tihomir Blaskić”, y nro. it-95-14/2-t, “Prosecutor v. Dario Kordić & Mario Čerkez”.

han sido responsabilizados por sus presuntas acciones⁵³. No necesitamos llevar a todos los sospechosos a un tribunal. Se necesita un ámbito donde combinar medidas, como la amnistía, comisiones de verdad y reconciliación, tribunales internacionales y locales con nuevas normas de procedimiento. Necesitamos un plan de transición, donde entre las diferentes medidas tiene que existir una interacción organizada en pos de lograr la justicia y la reconciliación.

Se dice que el enjuiciamiento de crímenes de guerra tiene como objetivo evitar la impunidad. Los crímenes de guerra son usualmente castigados con una pena de prisión. Este castigo necesariamente implica una pena de prisión? A veces, el encarcelamiento de por sí es un precio más que un castigo. De hecho, en el TPIY, un detenido, al ser consultado sobre las condiciones de detención, respondió que “no hay problema, es como un hotel de cuatro estrellas”, mientras que las víctimas enfrentan serias dificultades en materia de vivienda. Los detenidos están recibiendo un tratamiento médico completo para el VIH, mientras que las víctimas que están contaminadas, no lo reciben. Los detenidos están construyendo casas nuevas durante su detención, mientras que las víctimas tienen dificultades para restaurar el lugar donde viven⁵⁴.

¿Existen otras medidas alternativas o sanciones con las que podría el acusado o autor tomar conciencia de la violación de algunos valores humanitarios? Por ejemplo, ¿por qué no “permitir” la construcción de monumentos en honor de las víctimas o participar en las actividades de reconstrucción como una forma de reparación y hacerlos tomar conciencia de las violaciones que han cometido?

El genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, por definición, tienen un carácter masivo. El carácter masivo implica un enfoque diferente sobre la “selección”, la investigación, la acusación, la prueba, el proceso, la definición de las responsabilidades, la sanción, la reparación y el cumplimiento de las penas en estos tipos de crímenes.

En suma, lo que significa que una teoría penal construida sobre la base de casos individuales de violación no es apropiada para ser aplicada como tal en los casos de violaciones penales masivas. En suma, procesar y juzgar los crímenes de guerra no es exactamente lo mismo que procesar y juzgar los casos de delincuencia común.

Además una Sección de Crímenes de Guerra (Sala o la Corte) a nivel nacional deben tener un carácter *ad hoc* e internacionalizado, debido a las circunstancias y a la naturaleza de las violaciones del derecho humanitario, se trata de crímenes internacionales que afectan a toda la humanidad y a la comunidad internacional. De hecho, los tribunales que juzgan crímenes de guerra

⁵³ Se ha aceptado que después de todo el conflicto de Bosnia, 200.000 personas podrían ser acusadas de haber cometido crímenes de Guerra. Más recientemente se informó que 200000 personas fueron directa o indirectamente implicados en el Genocidio de Srebrenica.

⁵⁴ Por razones de privacidad, los nombres no se mencionan, pero tenemos un conocimiento directo de estas situaciones.

deben terminar los procesos lo antes posible y los jueces que los componen deben ser completamente independientes e imparciales.

Los jueces nacionales, aunque no hayan tomado las armas en el conflicto armado, en cierto modo siempre toman parte en el conflicto. En principio, los que tomaron parte en un conflicto no pueden ser completamente independientes e imparciales o, al menos, públicamente no pueden ser percibidos como tales. La justicia debe hacer y además ese hacer debe ser evidente.

¿Es necesario construir una estrategia para el procedimiento y enjuiciamiento de crímenes de guerra?

La respuesta es claramente SI. Necesitamos algo así como una estrategia de finalización⁵⁵. La conclusión es obvia cuando se observa que: los crímenes de guerra destinados a ser juzgados han sido cometidos hace mucho tiempo, los principales actos criminales han sido investigados o bien por el TPIY, o por la Oficina del Fiscal de BiH o por otro tipo de organizaciones como, UNMIBH (siglas en inglés de la Misión de las Naciones Unidas en Bosnia Herzegovina), la OHR, la OSCE (siglas en inglés de La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) CDH (siglas en inglés del Consejo de Derechos Humanos), UNHRC (siglas en inglés del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados), la mayor parte de los sospechosos ya han sido identificados⁵⁶ y ellos están adaptando los hechos que se plantean en los juicios en curso de acuerdo a su conveniencia, estamos perdiendo la evidencia y los testigos están cansados y necesitan otra profesión distinta a ser testigos profesionales, las nuevas generaciones están más enfocados en el futuro⁵⁷ que en el pasado, un juicio justo y expedito es la única manera de resolver y cerrar la puerta del pasado y abrir la puerta del futuro. Una respuesta judicial no es la única solución para cerrar el pasado y abrir el futuro, la justicia esta vinculada con el pasado y la reconciliación con en el futuro.

Después de haber considerado estos puntos debemos preguntar: a la Fiscalía por el número de casos y la estrategia⁵⁸ (la selección y asignación de los casos, una base de datos centralizada e interactiva, las acusaciones), al Consejo

⁵⁵ En diciembre de 2008, se estableció un grupo de trabajo para el desarrollo de la Estrategia Nacional de Crímenes de Guerra y para el tratamiento de los temas relacionados con los crímenes de guerra y Richard Gabelein, un ex juez de la Segunda Sección de Crímenes de Guerra fue contratado por el PNUD, Sarajevo, para considerar el asunto en “La resolución de crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina: Informe sobre la capacidad de los tribunales y las fiscalías de Bosnia y Herzegovina encargadas de investigar, perseguir y juzgar los crímenes de guerra”.

⁵⁶ Véanse los informes antes citados en la nota 10.

⁵⁷ Han manifestado los diplomáticos en Sarajevo que la cuestión de los “crímenes de guerra” ha contaminado las relaciones políticas, sociales, económicas y personal en Bosnia. Hay una necesidad de limpiar este tipo de veneno, concluyendo esa cuestión lo más rápido posible.

⁵⁸ Ver Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-Law tools for post conflict States, Prosecution initiatives*, United Nations, New York and Geneva, 2006.

Superior del Poder Judicial y la Fiscalía por los jueces y fiscales, al Registro cuáles son los recursos disponibles y al Presidente de la Corte cómo tener juicios justos y expeditos. Las respuestas a estas preguntas por parte de estos órganos deben ser dadas a través de una estrecha cooperación y deben ser cada una de ellas parte de una interacción organizada con el fin de arribar a un propósito común que es cerrar la puerta al pasado.

V. CONCLUSIÓN

El enjuiciamiento de los criminales de guerra constituye uno de los enfoques que integran el proceso de transición, del cual la justicia es una parte. Debe ir acompañado de otros aspectos como la posibilidad de compensación, la reparación, la restitución, la rehabilitación y la reconstrucción social... Además, la justicia al integrar este proceso general y teniendo como objetivo la reconciliación debe formar parte de una estrategia nacional sobre el juzgamiento de los crímenes de guerra. La justicia tiene que ver con el pasado en relación con las violaciones masivas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. La reconciliación tiene que ver con el futuro y es posible cuando la justicia se ha llevado a cabo.

La interacción es, pues, clara: los juicios tienen que ser eficaces y dinámicos para permitir que la sociedad avance hacia la reconciliación. El enjuiciamiento de los crímenes de guerra y su imputación requieren una estrategia de persecución, que establezca prioridades a través de un sistema operacional sistemático y eficaz.

Este plan estratégico debe generar procesos activos y eficaces antes cada tribunal nacional competente, asegurando que las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos sean juzgadas de acuerdo con las normas establecidas en un justo proceso.

La adopción de tal estrategia envía un claro mensaje ya que las autoridades nacionales aseguran el apoyo político necesario para lograr un juzgamiento global, imparcial y despolitizado de los crímenes de guerra. Por último, pero no menos importante, que permitiría poner fin a la persecución de los criminales de guerra y así avanzar hacia la reconciliación.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A DIEZ AÑOS DE SU CREACIÓN

Por SILVIA A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI*

INTRODUCCIÓN

En 1967, el presidente Charles de Gaulle se negó a acoger en suelo francés al Tribunal Russel, un tribunal no gubernamental presidido por Jean-Paul Sartre, creado para juzgar la intervención militar de los Estados Unidos en Vietnam. Al hacerlo argumentó que “la justicia, de cualquier tipo, en principio y ejecución emana del Estado”¹.

Treinta años después, se adoptaba el Estatuto de Roma² para establecer una jurisdicción internacional con competencia para investigar y juzgar a los autores individualmente responsables de crímenes internacionales.

La creación de la Corte fue acogida con entusiasmo y celebrada como un hecho histórico, una verdadera “revolución”³, con potencialidad para aportar cambios importantes en el sistema internacional. Su Estatuto logró sobrepasar el mínimo de sesenta ratificaciones requerido en un plazo sorprendentemente corto, y entró en vigor, apenas cuatro años después, el 1 de julio del 2002.

Las ceremonias de juramento de los primeros jueces y del Fiscal de la Corte —el argentino Luis Moreno Ocampo— en marzo y junio del 2003 dieron ocasión para renovar el optimismo e incrementar las expectativas por la inminente acción de la nueva Corte.

Sin investigadores y sin equipos, la Corte debió inmediatamente ponerse en marcha, responder a las cientos de denuncias ya recibidas e iniciar investigaciones y juicios. Poco a poco la Corte consolidó su estructura, abrió inves-

* Jueza de la Corte Penal Internacional. Miembro del servicio exterior de la Nación. Ex Directora General de Derechos Humanos de Cancillería.

¹ Citado por BOS, Adrian, “The International Criminal Court: Recent Developments”, en HEBEL, LAMMERS, SCHUKKING (eds.), *Reflections on the International Criminal Court*, TMC Asser Press, The Hague, Abril, 1999, p. 44.

² Adoptado en la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998. A/CONF.183/9.

³ CASSESE, Antonio, “A big step forward for international justice”, *Crimes of War Project Magazine*, Diciembre 2003.

tigaciones en siete países de África e inició los primeros juicios. El primero de ellos, contra un jefe de milicias del Congo, Thomas Lubanga⁴, está a punto de terminar, lo que cerrará el primer ciclo judicial de la institución. Otros dos juicios siguen su curso y otros tantos podrían iniciarse en los próximos meses.

La Corte llevó así al plano de la realidad el complejo y detallado procedimiento redactado y adoptado por los Estados en su tratado fundacional y documentos complementarios. Pero no pudo satisfacer las enormes y seguramente excesivas expectativas que rodearon su creación.

Entre otras, las dificultades que tuvo la Corte para obtener cooperación para sus investigaciones demuestran que, más allá del apoyo de principio y de los discursos grandilocuentes, la asistencia concreta de Estados y organizaciones no puede darse por descontada. Aún los Estados y organizaciones que crearon la Corte y que continúan apoyándola pueden ser reticentes a cooperar con investigaciones y enjuiciamientos cuando consideran que afectan sus intereses o mandatos nacionales o internacionales.

A la luz de las lecciones aprendidas, se abren nuevos debates sobre los desafíos a enfrentar para mejorar el funcionamiento de la institución, incrementar su legitimidad para actuar y fortalecer la cooperación con la comunidad internacional.

I. LA REFORMA DEL MARCO LEGAL

El proceso de negociación del Estatuto de Roma y de los instrumentos complementarios principales —esto es los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba— reflejó la clásica tensión entre internacionalismo y soberanía nacional que opone a preocupaciones de derechos humanos la cláusula de no injerencia en asuntos internos.

Asimismo, tan o más importante fue la tensión entre aspiraciones de justicia con preocupaciones de paz, que generó controversias sobre la función de la Corte Penal Internacional en el sistema de relaciones internacionales y, particularmente, respecto de la articulación de sus relaciones con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Estas tensiones, subyacentes a muchas de las discusiones, explican algunas de las restricciones impuestas al sistema de competencia y régimen de cooperación de la Corte Penal Internacional. Como consecuencia, los Estados terminaron diseñando un mandato acotado por restricciones basadas en tres principios fundamentales: la legalidad, la gravedad y la complementariedad. Así, la Corte solamente tiene competencia sobre los crímenes internacionales más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, a saber genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Esta selección de los crímenes más graves fue seguida de un

⁴ “Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo”, ICC-01/04-01/06.

esfuerzo para definir los crímenes con umbrales de gravedad adecuados para cada uno de ellos, a fin de acotar el universo de actos comprendidos. Los esfuerzos para definir la agresión solamente pudieron completarse en la primera conferencia de revisión de la Corte, celebrada en Kampala (Uganda) en Junio del 2010.

El marco normativo a ser aplicado por la Corte fue definido con suma precisión por los propios Estados quienes, apartándose de todos los precedentes en la materia, redactaron en detalle las normas de derecho sustantivo y procedimiento y receptaron explícitamente el principio de legalidad a ser interpretado en forma restrictiva.

Los Estados consideraron que el diseño de las normas a aplicar era la prerrogativa de Estados soberanos y concluyeron que el modelo utilizado en los Estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda, en los que se dejaba en manos de los magistrados la interpretación de los elementos de los crímenes y la elaboración de las reglas de procedimiento, no era apropiado para una Corte Penal Internacional, con carácter general y permanente. Por ello, decidieron indicar expresamente las fuentes del derecho a aplicar por los jueces y se embarcaron en un monumental ejercicio multilateral de codificación de dichas fuentes, sustantivas y procesales, en el Estatuto de Roma, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes.

La codificación fue emprendida con el objetivo declarado de satisfacer el principio de legalidad y evitar interpretaciones expansivas de los jueces. La redacción de los Elementos de los Crímenes fue particularmente controvertida, dada su ausencia en muchos sistemas nacionales y la falta de precedentes internacionales. Para sus impulsores, su redacción era indispensable para dar sentido al principio de legalidad y evitar que los jueces aplicaran sus *“experiencias variadas y no siempre pertinentes para dar forma al derecho de maneras no previstas. Tal activismo judicial es incorrecto cuando proviene de un cuerpo que no rinde cuentas directamente a la gente y es particularmente inapropiado para una corte penal. Una institución que aspira a ejecutar la ley debe estar limitada por ella”*⁵. Cabe destacar que si bien los Elementos no son obligatorios para los jueces sino una guía para ayudarlos a interpretar las definiciones del Estatuto, el art. 21 los incluye dentro del derecho aplicable, junto al Estatuto y las Reglas de Procedimiento.

La experiencia recogida en diez años de funcionamiento permite hacer un primer balance del marco legal adoptado y evaluar sus méritos y eventuales fallencias para guiar los procedimientos ante la Corte. Dentro y fuera de la Corte se reconoce hoy como cuestión prioritaria la necesidad de acelerar los procedimientos judiciales y de mejorar cualitativamente algunos aspectos claves, tales como el novedoso sistema de participación de víctimas.

⁵ LIETZAU, W., “International Criminal Law after Rome: Concerns from a US Military Perspective”, 64 *Law and Contemporary Problems*, Winter 2001, p. 119. Traducción de la autora.

Si bien no existe todavía un diagnóstico claro sobre las medidas concretas que deberían adoptarse para lograrlo, resulta claro que parte de las dificultades podrían provenir de falencias del marco legal aplicable y que resulta necesario identificar y, en su caso enmendar, aquellas reglas de procedimiento y, quizás del Estatuto, que obstaculicen el buen desarrollo del proceso penal.

A tales efectos, la Asamblea de Estados partes ha recientemente establecido en su seno un Grupo de Trabajo sobre enmiendas para analizar iniciativas en este sentido. También los Jueces y el Fiscal de la Corte están habilitados a proponer reformas a las Reglas de Procedimiento de acuerdo con el artículo 51 de Estatuto.

Los Estados elaboraron por sí mismos el marco legal actualmente aplicado por la Corte pero resultará vital que en todo proceso de enmienda se consulte y tome suficientemente en cuenta la labor y experiencia de que quienes han tenido la responsabilidad de aplicarlo en la práctica.

II. LA SELECCIÓN DE SITUACIONES Y CASOS Y LOS CUESTIONAMIENTOS DE LEGITIMIDAD

Los primeros años de la Corte demostraron que el respeto estricto del marco normativo pre-establecido es condición necesaria pero no suficiente para asegurar la adhesión a la actuación de la Corte. Esta actuación deberá ser, además, percibida como legítima por la comunidad internacional.

La totalidad de las investigaciones de la Corte se refieren a situaciones de crímenes cometidos en África: Uganda, República Democrática del Congo, República Centro Africana, Darfur (Sudan), Kenia, Libia y Costa de Marfil. El foco en un solo continente ha dado lugar a cuestionamientos sobre la legitimidad de la selección de situaciones operada por la Corte. Países y organizaciones y muy particularmente la Unión Africana han planteado severos cuestionamientos sobre la legitimidad de la selección de situaciones y han desafiado de manera específica algunas decisiones de la Corte relativas a las obligaciones de cooperar de sus Estados miembros con tales investigaciones⁶.

Tales cuestionamientos son particularmente preocupantes en la medida en que la legitimidad es condición esencial de las instituciones judiciales en general y de los mecanismos jurídicos aplicados en situaciones de crisis en particular. Los tribunales domésticos están más cerca de las poblaciones afectadas y mejor equipadas para comprender el contexto en que se produjeron los crímenes. En cambio, los tribunales internacionales, por definición separados de sistemas nacionales específicos, deben permanentemente luchar por obtener legitimidad y comprensión de las sociedades involucradas y de la comunidad

⁶ Entre las más recientes ver por ejemplo el Comunicado de Prensa de la Unión Africana del 9 de enero del 2012 por el que se objetan las decisiones de la Corte constatando la falta de cooperación de la República del Chad y de la República de Malawi con pedidos de detención y entrega del presidente de Sudán. www.africa-union.org.

en general. Nos referimos aquí a la legitimidad entendida en el sentido de una percepción generalizada de que la Corte está justificada para actuar, de que sus acciones son deseables, correctas y apropiadas en un contexto particular⁷.

La Corte Penal Internacional tiene la legitimidad que le da su génesis democrática y el diseño de un marco normativo sustantivo y procesal representativo de diversos sistemas de valores, tradiciones y creencias, a través de un proceso de elaboración multilateral abierto a todos los Estados del mundo y organizaciones no gubernamentales.

Sin embargo, esta legitimidad de origen podría no ser suficiente para justificar la selección de situaciones y para dotar ulteriormente a la Corte de suficiente inserción en la sociedad nacional concernida. Dónde investigar y a quiénes juzgar son sin dudas los interrogantes cruciales para el Fiscal y la Corte y de su respuesta depende en gran medida la legitimidad de la institución.

El Estatuto prevé un sistema de orientación de esta selección que combina el principio de independencia del Fiscal internacional con la participación de actores estatales y no estatales dotados de la facultad de remitir situaciones y proveer información. Los Estados y el Consejo de Seguridad tienen la capacidad de incrementar la legitimidad de la selección a través de la remisión de situaciones o de la provisión de información sobre crímenes a la Corte, de conformidad con los arts. 13 y 14 del Estatuto. De conformidad con el art. 15, el Fiscal puede también por propia iniciativa abrir una investigación con la autorización de los jueces (una Sala de Cuestiones Preliminares). Sin embargo, en todos los casos es el Fiscal quien decide las situaciones y casos a investigar y juzgar, a través de un proceso de toma de decisión independiente, teniendo en cuenta los factores establecidos en el artículo 53 del Estatuto.

El Fiscal ha utilizado todos los mecanismos previstos por el Estatuto. Las investigaciones en Uganda, Congo y República Centro Africana fueron abiertas como consecuencia de remisiones de Estados parte, las investigaciones en Darfur (Sudan) y Libia fueron impulsadas por remisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, finalmente, el Fiscal utilizó sus facultades para abrir investigaciones por propia iniciativa para intervenir en Kenia y Costa de Marfil.

A fin de evitar la politización de la Corte, durante las negociaciones se determinó que un Estado parte en el Estatuto, al igual que el Consejo de Seguridad podrían remitir “situaciones” y no “casos” específicos relacionados con crímenes y personas individuales. El sistema de remisiones estatales fue incorporado en el Estatuto en el entendido de que probablemente nunca sería utilizado ya que los estados serían normalmente reticentes a denunciar ante la

⁷ Siguiendo a Mark Suchman que define la legitimidad como premisa o percepción generalizada de que las acciones de una entidad son deseables, correctas, o apropiadas en el seno de un sistema social de normas, valores, creencias y definiciones en “Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches”, *The Academy of Management Review*, 20, nro. 3, 1995, p. 574.

Corte crímenes cometidos en otros Estados. La experiencia recogida en materia de derechos humanos demostraba la renuencia de los Estados a criticar a otros por actos cometidos en sus territorios⁸. El art. 15 del Estatuto, en virtud del cual se autoriza al Fiscal a iniciar investigaciones de oficio fue, en gran medida, motivado por la preocupación de evitar la parálisis de la CPI en ausencia de activación estatal.

Sin embargo, a solo seis meses de su designación, el Fiscal de la CPI recibió la primera remisión efectuada por un Estado Parte, Uganda⁹. Esta remisión fue seguida pocos meses después por la remisión de otros dos Estados partes, la República Democrática del Congo, el 19 de abril de 2004¹⁰ y la República Centro Africana, el 7 de enero del 2005¹¹.

En las tres situaciones, las remisiones de estos Estados concernían crímenes cometidos en sus propios territorios, lo que fue alentado desde la propia Fiscalía, bajo el argumento de que iniciar una investigación por pedido expreso del Estado de comisión de los crímenes inauguraría una relación cooperativa beneficiosa para el cumplimiento de su labor, incluyendo el despliegue de personal en el terreno y la ejecución de arrestos¹².

En apoyo de remisiones por el Estado en cuyo territorio se cometieron los crímenes o “auto-remisiones”, la Fiscalía de la Corte afirmó que la intervención de la Corte en un contexto de sociedades divididas podría ser una mejor opción que dejar en manos de un Estado involucrado en el conflicto, la tarea de juzgar a sus adversarios. Grupos amargamente divididos por el conflicto podrían oponerse a ser juzgados por el otro pero podrían aceptar el juzgamiento por una Corte percibida como neutral e imparcial¹³.

Sin embargo, la remisión por Uganda de la situación de crímenes cometidos en el norte de su país generó fuertes críticas en ámbitos internacionales y locales, desde diversos puntos de vista. Se cuestionó su compatibilidad con el sistema de complementariedad de la Corte Penal Internacional, se objetó el impacto de la intervención de la Corte Penal Internacional para las negociaciones de paz y se argumentó que la remisión constituía un instrumento de manipulación política en desmedro de la independencia e imparcialidad de la

⁸ Amnesty International, Challenges ahead of the United Nations Preparatory Committee. Drafting of a Statute for a permanent International Criminal Court (1996), AI Index:IOR 40/03/96, ps. 17/18.

⁹ CPI, Situation in Uganda (ICC-02/04). La investigación fue abierta el 29 de Julio del 2004

¹⁰ CPI, Situation in DRC (ICC-01/04). La investigación fue abierta el 23 de junio 2004

¹¹ CPI, Situation in Central African Republic (ICC-01/05). La investigación fue abierta el 22 de mayo 2007.

¹² Ver por ejemplo, presentación del Fiscal al cuerpo diplomático en La Haya del 12 de febrero 2004, www.icc-cpi.int/otp_events.html.

¹³ Policy Document of the Office of the Prosecutor, www.icc-cpi.int.

institución, que la manipulaba en beneficio de la estrategia gubernamental para resolver el conflicto¹⁴.

La remisión de situaciones a la Corte por República Democrática del Congo y República Centro Africana no generó el mismo grado de controversia pero las “auto-remisiones” continúan siendo objetadas por quienes consideran que la renuncia de los estados concernidos a investigar y juzgar ellos mismos los crímenes cometidos en su territorio son una desviación del sistema de complementariedad consagrado por el Estatuto, según el cual, interpretan, la Corte solamente puede intervenir cuando los Estados no pueden o no están dispuestos a llevar a cabo procedimientos genuinos en su territorio.. Esta argumentación no ha cesado aunque, como se analiza a continuación, la jurisprudencia de la Corte ha confirmado la compatibilidad de las auto-remisiones con el sistema de complementariedad.

La remisión voluntaria de situaciones a la Corte por los Estados directamente afectados fue una expresión temprana de confianza que dio a la Corte la oportunidad de demostrar su viabilidad en la fase inicial¹⁵. Sin embargo, la polémica desatada a partir de estas “auto-remisiones” desde una perspectiva política y legal demuestra que no hay soluciones simples para incrementar la legitimidad de la Corte para actuar.

La cuestión es de difícil solución en el corto plazo dado que la selección de situaciones y casos de indudable gravedad a través de procesos adecuados de toma de decisión y con apego a la legalidad son condición necesaria pero no suficiente para concitar adhesión y modificar percepciones de parcialidad. En este sentido, cabe recordar con Max Weber que la legitimidad no depende solamente del respeto de supuestos normativos sino, fundamentalmente, de percepciones y creencias. La “creencia en la legitimidad” es más importante que la legitimidad verdadera¹⁶.

La selección de situaciones a investigar debe enfrentarse a la dificultad adicional del sistema de jurisdicción sobre el que se basa la Corte. El Estatuto no consagró el principio de jurisdicción universal. De conformidad con el art. 12 del Estatuto, en ausencia de una remisión por el Consejo de Seguridad, la Corte solamente puede intervenir cuando los crímenes son cometidos en el territorio de un Estado Parte o por nacionales de un Estado parte. El sistema de competencia receptado afecta la selección de situaciones posibles y con ello debilita su credibilidad en la medida en que la administración parcial de justicia será irremediablemente percibida como selectiva y discriminatoria, aunque sea justificable en lo técnico. Por ello, son muy importantes todas las iniciati-

¹⁴ Entre otros ver, ARSANJANI, Manousch y REISMAN, Michael, “The Law-in-Action of the International Criminal Court”, 99 *AJIL*, nro. 2, 2005, ps. 385/405.

¹⁵ AKHAVAN, Payam, “The Lord’s Resistance Army Case: Uganda’s Submission of the First State Referral to the International Criminal Court”, 99 *AJIL*, nro. 2, 2005, ps. 403/421.

¹⁶ WEBER, Max, “Politics as a vocation”, Conferencia en la Universidad de Munich, enero 1919.

vas de Estados y organizaciones no gubernamentales para acelerar el número de ratificaciones y adhesiones al Estatuto de Roma. La Corte solamente podrá realizar su vocación global cuando alcance participación universal.

III. HACIA LA COMPLEMENTARIEDAD “POSITIVA”

En la negociación del Estatuto y en los primeros años de la Corte prevaleció el énfasis en promover la investigación y enjuiciamiento por la propia Corte.

La Corte, al igual que los tribunales especiales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda fueron creados sobre la base de la acción concurrente con los Estados. Sin embargo, a diferencia de los tribunales especiales que obtuvieron primacía sobre la acción nacional, la Corte fue concebida como una institución de último recurso que solamente puede investigar y juzgar cuando los Estados no llevan adelante investigaciones o enjuiciamientos genuinos de mismos casos a nivel nacional, de acuerdo con los parámetros del sistema de complementariedad contemplados en el art. 17 del Estatuto.

De acuerdo con este artículo, se establece como principio general la inadmisibilidad de un asunto cuando éste sea o haya sido objeto de una investigación o enjuiciamiento por parte de un Estado, siempre y cuando se trate de una acción genuina. Aún en los casos en que el Estado haya investigado o enjuiciado o lo esté haciendo, la Corte podrá excepcionalmente declarar un asunto admisible cuando considere que el Estado no está dispuesto o no puede realmente llevar a cabo investigaciones o juicios genuinos conforme los criterios previsto en el mismo artículo (art. 17 párrs. 2º y 3º).

Los desarrollos posteriores redujeron las diferencias entre el sistema de la Corte Penal Internacional y el de los tribunales especiales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. El mandato de los tribunales especiales fue enmendado por el Consejo de Seguridad que ordenó que los tribunales se concentraran en los máximos responsables e impuso una fecha para la terminación de sus trabajos. Como consecuencia, ambos tribunales debieron adoptar procedimientos y desarrollar estrategias para la división del trabajo con los estados concernidos. Estas incluyeron la transferencia de casos a los sistemas nacionales, el monitoreo de procedimientos nacionales y la cooperación con fiscales y autoridades domésticos. Esta práctica demostró que la noción de primacía y complementariedad no son necesariamente excluyentes y que una relación de cooperación con los estados nacionales puede ser clave para reducir la brecha de impunidad.

La experiencia práctica también modificó la percepción sobre el sistema de complementariedad de la Corte Penal Internacional y abrió un nuevo debate sobre lo que pueden y deben hacer la Corte y los Estados.

Cabe recordar que durante las negociaciones del Estatuto, la primacía de la justicia internacional sobre los sistemas domésticos parecía un elemento

esencial de una institución fuerte¹⁷. Para muchos, la adopción del sistema de complementariedad que no reconoce primacía a la Corte fue una concesión necesaria pero lamentable a la soberanía estatal. El paradigma prevaleciente en aquella época era el de confrontación de la Corte con los Estados por el ejercicio de jurisdicción, acompañado de una visión escéptica sobre la aptitud y disposición de los Estados para investigar y juzgar crímenes internacionales.

A la luz de esta visión, durante el proceso de negociación y los primeros años de actividad de la Corte, los Estados y las organizaciones se concentraron en promover la acción de la Corte y en enfatizar la función de la institución en la lucha contra la impunidad. La puesta en marcha de la Corte fue acompañada de una fuerte presión externa sobre la Fiscalía para que iniciara investigaciones inmediatamente.

Las investigaciones comenzaron pocos meses después pero, contrariamente al paradigma inicial de confrontación con los Estados, las investigaciones se iniciaron no en contra de los Estados sino impulsadas por ellos. Hacia fines del 2003, el gobierno de Uganda solicitó al Fiscal que iniciara una investigación de crímenes cometidos en su propio territorio. Tal como se indicara, esta auto-remisión fue seguida de otras similares por los gobiernos de la República Democrática del Congo y República Centro Africana, también por crímenes cometidos en sus propios territorios, generándose una fuerte polémica.

La Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las principales objeciones jurídicas planteadas, a saber su compatibilidad con el sistema de complementariedad del Estatuto y con el deber de juzgar que tienen los Estados en el caso Katanga abierto en la situación de República Democrática del Congo. La Sala de Apelaciones indicó que:

*“...la inacción de parte de un Estado que tiene jurisdicción (esto es, el hecho de que un Estado no está investigando ni enjuiciando, o no lo ha hecho) convierte al caso en admisible ante la Corte, bajo el art. 17 (1) (d) del Estatuto”*¹⁸.

“Un Estado puede, sin infringir el principio de complementariedad, remitir una situación concerniente a su territorio a la Corte si lo considera oportuno, de la misma manera en que puede decidir no llevar adelante una investigación o un enjuiciamiento en un caso particular”.

¹⁷ Sobre el proceso de negociación del sistema de complementariedad ver, HOLMES, John R. “The Principle of Complementarity” en LEE, R. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague/Boston/London:Kluwer Law International, 1999, ps. 41/78.

¹⁸ Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 Setiembre 2009, p. 3. Traducción de la autora.

*“...la prohibición general de renunciar a la jurisdicción en favor de la Corte no es un instrumento adecuado para promover el cumplimiento de los Estados de su deber de ejercer jurisdicción penal”*¹⁹.

En otras palabras, la sala de apelaciones ha confirmado que un enfoque cooperativo entre los Estados y la Corte es posible y ha clarificado que un Estado puede transferir una situación a la Corte en vez de investigar y enjuiciar a nivel doméstico.

Gradualmente, el principio de complementariedad, originalmente entendido como barrera a la acción de la Corte ha comenzado a ser percibido también como oportunidad para que la Corte y los Estados unan sus esfuerzos en el combate de la impunidad. Comienzan a acuñarse nuevos conceptos —complementariedad positiva, cooperación invertida— para dar cuenta de este nuevo enfoque al problema.

Crecientemente se reconoce que la Corte, por su naturaleza global, solamente podrá ocuparse de una pequeña parte de los crímenes cometidos y que es necesario encontrar la manera de promover en paralelo la acción nacional a fin de compartir esfuerzos y maximizar el impacto del trabajo de la Corte. No está claro, sin embargo, cuánto puede hacer la Corte para remediar la falta de capacidad o de motivación del Estado en una situación dada.

La posibilidad de la Corte de cooperar con los Estados tiene base legal, entre otras disposiciones, en el art. 93 (10) del Estatuto. La Corte puede, a su pedido, cooperar y proveer asistencia a un Estado que está investigando o juzgando una conducta que constituye un serio crimen bajo la ley del Estado requirente. Tal asistencia es definida en forma amplia en la disposición citada, que provee una lista no exhaustiva de las formas de asistencia posibles.

La cooperación que la Corte puede proveer parece, sin embargo, de naturaleza limitada y no involucra las funciones de evaluar, reformar o fortalecer los sistemas domésticos, funciones que podrían ser esenciales para que un Estado en particular ejerza jurisdicción en la práctica.

En preparación de la Conferencia de Revisión de Kampala, la Mesa de la Asamblea de Estados partes elaboró un informe de balance sobre el sistema de complementariedad²⁰. En este informe, la complementariedad positiva es definida como toda actividad o acción por la cual las jurisdicciones nacionales son fortalecidas a fin de que sean capaces de conducir investigaciones o enjuiciamientos genuinos de crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, sin involucrar a la Corte en actividades de fortalecimiento de capacidad nacional, apoyo financiero o asistencia técnica, que deben ser dejadas a los Estados para que se asistan entre ellos sobre una base voluntaria. De acuerdo con este informe, la asistencia debería, en la mayor medida posible ser provista entre

¹⁹ Id. p. 34.

²⁰ Report of the Bureau on Stocktaking: Complementarity-Taking Stock of the Principle of Complementarity: Bridging the Impunity Gap, ASP Doc ICC-ASP/8/51, March 18, 2010.

estados a través de programas de cooperación, así como también a través de organizaciones internacionales o regionales y de la sociedad civil. Esta asistencia puede ser dividida en tres categorías, asistencia legislativa, asistencia judicial, asistencia técnica y fortalecimiento de capacidad, y finalmente, construcción de infraestructura física.

La función asignada a la Corte en este informe es muy limitada y se indica que no se prevén recursos adicionales para la Corte y que la institución no debería convertirse en una organización para el desarrollo. Más bien se considera que la Corte tiene un rol de catalizar la ayuda directa o indirecta de estados para fortalecer los sistemas judiciales nacionales. La resolución que finalmente se adoptó en la Conferencia de Revisión sobre complementariedad otorgó el mandato a la Secretaria de la Asamblea de Estados partes de “facilitar el intercambio de información entre la Corte, los Estados partes y otras entidades concernidas, incluyendo organizaciones internacionales y la sociedad civil para fortalecer la jurisdicción doméstica²¹.

Se trata de una iniciativa muy modesta y deberá observarse como se desarrolla en la práctica. En todo caso, está claro de que emerge un cambio de enfoque importante basado en el reconocimiento creciente de que la Corte y los Estados tienen una responsabilidad compartida de investigar y juzgar crímenes internacionales.

Este nuevo enfoque traduce el reconocimiento de que la Corte y los Estados integran un sistema de justicia más amplio en el que la acción internacional y la nacional no deben competir sino fortalecerse mutuamente.

²¹ ICC Assembly of States Parties, Resolution on Complementarity, ASP.Doc.RC/Res.1., www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.

EL COMPROMISO DE KAMPALA SOBRE EL CRIMEN DE AGRESIÓN*

Por CLAUS KRESS** y LEONIE VON HOLTZENDORFF***

INTRODUCCIÓN

Nadie olvidará la gran noche del 17 al 18 de julio de 1998 en Roma, en la que fue presentado el texto final del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, “el Estatuto”)¹ ante la Conferencia diplomática. Los relojes se detuvieron, y la gran mayoría de los delegados estalló en júbilo tras la adopción del compromiso final. La noche del 11 al 12 de junio de 2010, cuando se logró el acuerdo en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte

* Este artículo está dedicado a Benjamín Ferencz, en admiración. Su contribución al debate sobre el crimen de agresión es ampliamente conocida. Entre otras muchas obras, publicó un monumental estudio: *Defining International Aggression - The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis*, 2 vols., Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1975. Asimismo B. Ferencz ha seguido las negociaciones diplomáticas en todos los momentos cruciales y fue incansable a la hora de recordar a los delegados su responsabilidad para avanzar en un espíritu constructivo.

** Profesor de Derecho Penal y Derecho Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania); miembro de la delegación alemana en las negociaciones ante la Corte Penal Internacional desde 1998; sub-coordinador de las negociaciones sobre la conducta individual del crimen de agresión durante el Proceso de Princeton; *Focal Point* para las consultas informales sobre algunas interpretaciones sobre el crimen de agresión en la Conferencia de Revisión de Kampala (2010). Las opiniones vertidas en este artículo son personales (Claus.kress@uni-koeln.de).

*** Doctorada en la Universidad de Colonia (Alemania) bajo la dirección del Prof. Dr. D. Claus Kress.

El presente artículo fue publicado en inglés en 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1179/1217. Los autores desean expresar su sincero agradecimiento a la Dra. Carmen Demelsa Benito Sánchez (Prof. Asociada de Derecho penal de la Universidad de Salamanca) y a Ana Garrocho Salcedo (Prof. Ayudante de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid) por la traducción al español, y a la Dra. Claudia Cristina Jiménez Cortés (Prof. Titular de Derecho Internacional de la Universitat Autònoma de Barcelona, al Dr. Christopher Tulloch (Prof. Asociado de Periodismo de la Universitat Pompeu Fabra) y a Fernanda Milllicay (diplomática, miembro de la delegación argentina a la Conferencia de Kampala) por su valiosa colaboración.

¹ A/CONF.183/9, 17 de Julio de 1998, y corregido los procès-verbaux del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 16 de enero de 2001 y 17 de enero de 2001 (entrada en vigor: 1 de julio de 2002).

Penal Internacional sobre el crimen de agresión, fue igualmente significativa. Los relojes se detuvieron a medianoche. Fue entonces cuando la Primera Conferencia de Revisión llegó a su fin. Poco tiempo después, el embajador y presidente de la Conferencia, Christian Wenaweser, manifestó ante la sala su “mejor intención” de alcanzar un compromiso con la esperanza de que no hubiera objeciones, sin que nadie pudiese estar seguro de si el silencio se rompería o no. Todas las miradas se dirigieron a Francia y al Reino Unido, quienes no mostraron movimiento alguno. En ese momento, el presidente estuvo a punto de bajar el martillo para declarar que la proposición había sido adoptada. De repente, Japón pidió la palabra y manifestó su descontento. Cuando el jefe de la delegación japonesa empleó las palabras “con el corazón apesadumbrado”, la Conferencia contuvo la respiración. El alivio llegó cuando el delegado continuó su intervención y manifestó que, a pesar de sus preocupaciones, Japón no deseaba romper el consenso. Inmediatamente después, el presidente bajó el martillo, causando un júbilo colectivo².

La clausura de la Primera Conferencia de Revisión generó un sentimiento de triunfo que conmemoraba la experiencia vivida en Roma una década antes; sin embargo debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurrió en Roma, la decisión en Kampala se tomó por consenso. Asimismo EE.UU., que formalmente no tomó parte en las decisiones (al no ser un Estado parte en el Estatuto) sintió que se habían realizado esfuerzos por complacer algunas de sus exigencias más importantes.

A lo largo de este trabajo, nos gustaría relatar de qué manera el debate que se extendió por casi un siglo sobre el crimen de agresión culminó en Kampala. Del mismo modo, intentaremos ofrecer una valoración inicial de lo que consideramos ha sido un significativo avance hacia la consolidación de un sistema de justicia penal internacional todavía en formación.

I. EL PRECEDENTE ORIGINAL Y LAS DÉCADAS DE SUSPENSO: DE NÜREMBERG A ROMA

Si Núremberg marca el comienzo del Derecho Penal Internacional *stricto sensu*³, el crimen de agresión se situó en el centro de la cristalización de esa rama del derecho⁴. A juicio de EE.UU. “*the crime which comprehends all less-*

² Sobre la más reciente contribución de FERENCZ, Donald, al debate, ver *42 Case Western Reserve Journal of International Law*, 2009, ps. 531/542.

³ El derecho penal internacional *stricto sensu* fundamenta la responsabilidad penal individual directamente en el derecho internacional. Ver KRESS, C. ‘International Criminal Law’, en WOLFRUM, R. (ed.), *Max Planck-Encyclopedia of Public International Law* (en prensa), párr. 10; la versión electrónica se puede consultar en <http://www.mpepil.com> (última consulta realizada el 21 de febrero de 2011).

⁴ Un reciente resumen de los desarrollos de esta rama del Derecho anteriores a Núremberg puede verse en NYAMUYA MAOGOTO, J., ‘Aggression: Supreme International Offence

*er crimes, is the crime of making unjustifiable*⁵. La Carta de Londres que estableció el Tribunal Militar Internacional (en adelante, TMI) incluyó este crimen bajo la denominación de “crímenes contra la paz”⁶, y el TMI calificó la realización de una guerra de agresión como un “crimen supremo internacional”⁷. Poco después, el fiscal jefe estadounidense, Robert Jackson, informó al presidente de EE.UU. de que la prohibición de realizar una “guerra de agresión” constituía una “precedente judicial”⁸ que la había convertido en “sancionable conforme a la ley”⁹. Sin embargo, la famosa promesa de Jackson de que, a partir de ese momento, el nuevo Derecho Penal Internacional contra la guerra de agresión sería aplicado a todos los infractores¹⁰, fue condenada a verse incumplida en las décadas subsiguientes.

A pesar de que la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció los principios de Núremberg como Derecho Internacional¹¹, y de que los juicios de Tokio habían seguido el precedente de Núremberg¹², el “crimen supremo internacional” no sólo permaneció sin definir, sino que pronto se convirtió en un obstáculo para la realización del proyecto de codificación de dichos principios¹³. Incluso cuando esos obstáculos parecían haber sido superados en 1974, tras la adopción de una definición de “acto de agresión” por consenso dentro del art. 39 de la Carta de Naciones Unidas, nada cambió realmente¹⁴. A pesar

still in Search of Definition”, 6 *Southern Cross University Law Review* 2002, ps. 278/317, ps. 278/289

⁵ Informe del ministro de Justicia Robert Jackson al presidente, de 6 de junio de 1945, sub IV.; <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack63.asp> (última consulta realizada el 21 de febrero de 2011).

⁶ El art. 6º (a) de la Carta de Londres define estos crímenes como “planificar, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriores”; 82 UNTS 280.

⁷ “Iniciar una guerra de agresión no es sólo un crimen internacional, es el crimen supremo”, en ‘Judicial Decisions, International Military Tribunal (Núremberg), Judgment and Sentences’, 41 *American Journal of International Law* (1947), 186.

⁸ Para un breve resumen del debate sobre si este “creativo” precedente violaba el principio *nullum crimen, vid.* KRESS, C., ‘Nulla poena nullum crimen sine lege’, en WOLFRUM, R. (ed.), *supra* nota 3, párr. 16. Versión electrónica en <http://www.mpepil.com> (última consulta realizada el 21 de febrero de 2011).

⁹ Report to the President by Mr. Justice Jackson, *vid. supra* nota 5.

¹⁰ Discurso de apertura del Fiscal General de Estados Unidos. Ver *Trial of German Major War Criminals by the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany*, Buffalo: William S. Hein & Co., 2001, p. 45.

¹¹ UN Doc. A/RES/95 (1946), párr. 1, 11 de diciembre 1946.

¹² Para una excelente y reciente revalorización de la contribución del Tribunal Militar Internacional de Tokio al desarrollo jurídico, *vid.* BOISTER, N., y CRYER, R., *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 115.

¹³ WILMSHURST, E., ‘Aggression’, en CRYER, R., FRIMAN, H., Robinson, D. y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 314.

¹⁴ Anexo a A/RES/3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974 (res. 3314).

de que el art. 16 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 1996 confirmó que el crimen de agresión constituía un crimen según el Derecho Internacional¹⁵, ninguno de los tribunales penales internacionales establecidos durante la década de los noventa incluyeron en sus respectivos Estatutos fundacionales el crimen de agresión. Más llamativa es, sin embargo, la ausencia del crimen de agresión de la competencia *ratione materiae* del Tribunal Especial Iraquí (posteriormente llamado Alto Tribunal Penal Iraquí), que fue constituido para perseguir los crímenes cometidos por Saddam Hussein¹⁶. El Derecho Internacional permaneció impasible ante el crimen de agresión.

La adopción del Estatuto de la CPI condujo únicamente a un despertar parcial. De nuevo, se constató la imposibilidad de acordar una definición de crimen de agresión y los Estados se dividieron en relación con el papel que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas podría desempeñar para activar la competencia de la CPI en relación con el crimen de agresión. Sin embargo, de forma generalizada se mantuvo la opinión de que el crimen de agresión debía formar parte de la competencia *ratione materiae* de la CPI¹⁷. El resultado de ello se plasmó en el art. 5.1 (d) y 5.2 del Estatuto, que señala lo siguiente:

“1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

(...)

(d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los arts. 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

Mientras que esta solución excluyó la jurisdicción de la CPI con respecto al crimen de agresión durante, al menos, los siete años siguientes tras la entrada en vigor del Estatuto¹⁸, el art. 5º (1) (d) del Estatuto confirmó implícitamente la

¹⁵ A/51/10 (1996); El proyecto de Código de 1996 no explica, sin embargo, los elementos del crimen. Un intento se había hecho (y sigue siendo controvertido) en el art. 15 del Proyecto de Código de 1991 (A/46/10 (1991)); sobre el último intento *vid.* NYAMUYA MAOGOTO, *J. supra* nota 4, 304/309.

¹⁶ KRESS, Cl., ‘The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression’, 2 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 2004, ps. 347/352.

¹⁷ Para un sucinto resumen de los debates en Roma, ver WESTDICKENBERG, G. Y FIXSON, O., ‘Das Verbrechen der Aggression im Roemischen Statut des Internationalen Gerichtshof’, en FROWEIN, J. A. et al. (eds), *Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin et al.: Springer, 2003, p. 496/498.

¹⁸ Art. 123(1) Estatuto CPI.

existencia de un crimen conforme al Derecho Internacional consuetudinario¹⁹. El compromiso de Roma sobre el crimen de agresión fue complementado con el párrafo séptimo de la Resolución F del Acta Final de la Conferencia, que se transcribe a continuación:

“La Comisión preparará propuestas acerca de una disposición relativa a la agresión, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión, y a las condiciones en las cuales la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen. La Comisión presentará esas propuestas a la Asamblea de los Estados partes en una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión para su inclusión en el presente Estatuto. Las disposiciones relativas al crimen de agresión entrarán en vigor respecto de los Estados partes de conformidad con las correspondientes disposiciones del presente Estatuto”²⁰.

II. EL CAMINO HACIA EL ACUERDO: DE ROMA A KAMPALA

a) *El Documento de debate de 2002 y las Propuestas de 2009*

La Comisión Preparatoria de la CPI reanudó el mencionado mandato a lo largo de diez sesiones celebradas entre la primavera de 1999 y el verano de 2002. En su tercera sesión se creó el Grupo de Trabajo sobre Agresión, liderado en un primer momento por Tuvako Manongi (Tanzania) y después por Silvia Fernández de Gurmendi (Argentina), actual magistrada de la CPI. Este Grupo de Trabajo no realizó grandes avances pero sus esfuerzos dieron como resultado un útil resumen sobre las posiciones principales en el *Coordinator's Discussion Paper* de 11 de julio de 2002 (en adelante, Documento de debate de 2002)²¹. Este texto marcó los términos esenciales del debate posterior, por lo que merece la pena ser reproducido:

“1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gra-

¹⁹ La Cámara de los Lores británica sumó su voz a este punto de vista en “R. v. Jones” *at al.* (2006) UKHL 16, §§ 12, 19 (Lord Bingham), §§ 44, 59 (Lord Hoffmann); § 96 (Lord Rodger); §97 (Lord Carswell); § 99 (Lord Mance).

²⁰ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, vol. I, Final Documents, Annex I, at 72.

²¹ Para una mejor explicación de esta parte del debate, *vid.* CLARK, R. S., ‘Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court’, 15 *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 2002, ps. 859/890. Véase sobre los puntos de vista del último coordinador, ver FERNANDEZ DE GURMENDI, S., ‘The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court’, 25 *Fordham International Law Journal*, 2001-2002, ps. 589/605.

vedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Opción 1: Añádase “como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado”.

Opción 2: Añádase “y equivalga a una guerra de agresión o constituya un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro Estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado”.

Opción 3: Ninguna de las anteriores.

2. A los efectos del párr. 1º, por “acto de agresión” se entenderá un acto comprendido en la definición dada en la Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, que ha sido cometido por el Estado de que se trate, según un pronunciamiento,

Opción 1: Añádase “de conformidad con los párrs. 4º y 5º”.

Opción 2: Añádase “sujeto a una determinación previa por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.

3. Lo dispuesto en el párr. 3º del art. 25 y en los arts. 28 y 33 del Estatuto no se aplica al crimen de agresión.

4. Cuando el Fiscal tenga la intención de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, la Corte verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. De no existir un pronunciamiento del Consejo de Seguridad, la Corte notificará al Consejo de Seguridad la situación ante la Corte, a fin de que el Consejo de Seguridad pueda adoptar las medidas pertinentes:

Opción 1: con arreglo al art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

Opción 2: de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Cuando el Consejo de Seguridad no haya hecho una determinación sobre la existencia de un acto de agresión por parte de un Estado:

Alternativa a): ni invoque el art. 16 del Estatuto dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación.

Alternativa b): [elimínese la alternativa a)].

Opción 1: la Corte podrá proceder a sustanciar la causa.

Opción 2: la Corte desechará la causa.

Opción 3: la Corte, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los arts. 12, 14 y 24 de la Carta, pedirá a la Asamblea General de las Naciones Unidas que haga una recomendación dentro de un plazo de [12] meses. En el caso de que no se haga tal recomendación, la Corte podrá proceder a sustanciar la causa.

Opción 4: la Corte podrá pedir

Alternativa a): a la Asamblea General

Alternativa b): al Consejo de Seguridad, actuando con el voto a favor de nueve miembros, que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el art. 96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sobre la cuestión jurídica de la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate.

Opción 5: la Corte podrá sustanciar la causa si verifica que la Corte Internacional de Justicia ha determinado, en las actuaciones iniciadas con arreglo al cap. II de su Estatuto, que el Estado de que se trate ha cometido un acto de agresión”²².

Poco después de la entrada en vigor del Estatuto, el 1 de julio de 2002, la Asamblea de Estados partes²³ expresó su deseo de continuar y completar el trabajo en relación con el crimen de agresión. Para ello, la Asamblea constituyó el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión (en adelante, con sus siglas en inglés, SWGCA)²⁴, que se reunió por primera vez en septiembre de 2003 y que concluyó su trabajo en febrero de 2009. Como puede observarse, las propuestas relativas al crimen de agresión elaboradas por el SWGCA (en adelante, las Propuestas de 2009), representan “un hito en las negociaciones sobre el crimen de agresión”²⁵ y allanaron el camino para llegar al compromiso de Kampala. Las Propuestas de 2009 fueron las siguientes:

“1. Suprímase el párr. 2º del art. 5º del Estatuto.

2. Insértese el texto siguiente a continuación del art. 8º del Estatuto:

Artículo 8 bis

Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir, efectivamente, la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párr. 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974,

²² UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2, 11 July 2002.

²³ Art. 112 Estatuto de Roma.

²⁴ ICC-ASP/1/Res. 1 adoptada por consenso en la Tercera Reunión del Pleno, de 9 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3, 328

²⁵ La expresión pertenece a BARRIGA, S., “Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression”, en BELLELLI, R. (ed.), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review* (Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, 2010, 621-643, p. 640, obra que constituye la mejor explicación del trabajo del SWGCA.

cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

3. Insértese el texto siguiente a continuación del art. 15 del Estatuto:

Artículo 15 bis

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el art. 13, con sujeción a las disposiciones de este art. 1º.

2. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

3. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

4. (Alternativa 1) Cuando no se haya realizado dicha determinación, el Fiscal no podrá iniciar la investigación respecto de un crimen de agresión.

Opción 1. Finalizar el párrafo aquí

Opción 2. Añadir: a menos que el Consejo de Seguridad, en una resolución adoptada según el cap. VII de la Carta de Naciones Unidas, haya requerido al Fiscal para proceder a la investigación respecto al crimen de agresión.

4. (Alternativa 2) Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de [6] meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión,

Opción 1: finalizar el párrafo aquí

Opción 2: añadir: siempre y cuando la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el art. 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión.

Opción 3: añadir: siempre y cuando la Asamblea General haya determinado que un acto de agresión ha sido cometido por un Estado referido al que se hace referencia en el art. 8° bis.

Opción 4: añadir: siempre y cuando la Corte Internacional de Justicia haya determinado que un acto de agresión ha sido cometido por un Estado al que se hace referencia en el art. 8° bis.

5. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5°.

4. Insértese el texto siguiente a continuación del párr. 3° del art. 25 del Estatuto:

3 bis Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

5. Sustitúyase la primera oración del párr. 1° del art. 9° del Estatuto por la oración siguiente:

1. Los Elementos de los Crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6°, 7°, 8° y 8° bis.

6. Sustitúyase el *chapeau* del párr. 3° del art. 20 del Estatuto por la frase siguiente; el resto del párrafo no se modifica:

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los arts. 6°, 7°, 8° u 8° bis a menos que el proceso en el otro tribunal²⁶.

b) Algunas consideraciones destacables del trabajo dentro del SWGCA

El encargado de presidir el SWGCA fue el Embajador, Christian Wenaweser, de Liechtenstein. Con el apoyo de un equipo excepcional, qué contó

²⁶ ICC-ASP/8/Res.6.

con la extraordinaria presencia de Stefan Barriga, Wenaweser lideró las negociaciones combinando autoridad, destreza, paciencia y buen humor. Poco a poco, el equipo de Liechtenstein tuvo la sensación de que, a pesar de los números obstáculos, existía una oportunidad real de completar con éxito su misión. Desde el principio, se tomó la decisión acertada de gestionar una parte esencial del trabajo a través de reuniones informales. A lo largo de cuatro encuentros entre 2004 y 2007, los delegados disfrutaron de la hospitalidad del *Liechtenstein Institute on Self-Determination* de la Universidad de Princeton y de su director, Wolfgang Danspeckgruber. El llamado “proceso de Princeton” permitió que representantes de Estados no partes y expertos de algunas organizaciones no gubernamentales interesadas tomaran parte activamente en el debate²⁷. El proceso de Princeton fue especialmente transparente, como lo demuestra el hecho de que sus consultas informales fueran ampliamente documentadas en una serie de informes²⁸ y completadas con innumerables conferencias en el ámbito académico²⁹, lo que permitió que la doctrina especializada en Derecho Penal Internacional pudiese seguir intensamente todas las negociaciones y comentarlas de manera continua³⁰. Asimismo, el proceso de Princeton, haciendo gala de

²⁷ Los Estados no partes hicieron amplio uso de esta oportunidad. La única excepción a lamentar fue la de Estados Unidos durante el gobierno de G. W. Bush. El grado de participación de las ONGs varió. Tristemente, y de manera un tanto sorprendentemente, Amnistía Internacional y Human Rights Watch interpretaron sus respectivos mandatos como si se les excluyera de un compromiso significativo que, a la vez y quizá inadvertidamente, generó la impresión de que esas dos importantes organizaciones se pusieran del lado de aquellas pocas delegaciones que permanecieron escépticas durante todo el proceso. Hubo, sin embargo, algunas ONGs que tuvieron un enfoque menos tímido y compartieron su experiencia con los delegados durante todo el proceso. Jutta Bertram-Nothnagel y Noah Weisbord merecen especial atención por su significativa aportación intelectual

²⁸ Los informes han sido recopilados en BARRIGA, S., DANSPECKGRUBER, W., WENAWESER, S. (eds.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2009.

²⁹ Véase dos importantes ejemplos en *The Torino Conference on International Criminal Justice*, de mayo de 2007 (BELLELLI, *supra* note 25) y el *Symposium on the crime of aggression*, de septiembre de 2008, ofrecidos por la *Case Western Reserve University School of Law*, 41 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2009, ps. 267/467.

³⁰ El número de autores que se ha dedicado a profundizar sobre el crimen de agresión ha aumentado significativamente en los últimos diez años. Por razones de espacio no podemos mencionar una lista detallada. Una selección (en parte muy crítica), véase en: KAMTO M., *L'agression en droit international*, Paris: A. Pedone, 2010; CLARK, R.S., ‘Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over it’, 20 *European Journal of International Law*, 2009, ps. 1103/1115; *id.*, ‘The Crime of Aggression and the International Criminal Court’, in DORIA, J., GASSER H.-P., y BASSIOUNI, M.C. (eds), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blisshchenko*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009, ps. 661/699; GLENNON, M. J., ‘The Blank-Prose Crime of Aggression’, 35 *The Yale Journal of International Law*, 2009, ps. 71/114; KREB, C., ‘Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus’, 20 *European Journal of International Law*, 2009, ps. 1129/1146; PAULUS, A., ‘Second Thoughts on the Crime of Aggression’, 20 *European Journal of International Law*, 2009, ps. 1117/1128; MURPHY, S.D., ‘Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court’, 20 *European Journal of International Law*, 2009

un gran sentido de pragmatismo, se centró en la discusión de las principales preguntas legales y técnicas. La cuestión más espinosa —relativa a la participación del Consejo de Seguridad— fue tratada en menor medida que aquellas otras cuestiones menos sensibles políticamente hablando.

Un aspecto que quedó menos claro es aquel relativo a los esfuerzos del grupo de trabajo para definir el crimen de agresión conforme a los límites del Derecho Internacional consuetudinario. Como es sabido, en Roma se acordó acotar y definir los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional *ratione materiae* de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario³¹, acuerdo que también se extendió al crimen de agresión³². Sin embargo, este enfoque tropezó con una dificultad técnica y una sustantiva. En primer lugar, rápidamente se hizo evidente que la mayoría de las delegaciones deseaban evi-

ps. 1147/1156; SCHAEFFER, R., 'The Audacity of Compromise. The UN Security Council and the Pre-Conditions to the Exercise of Jurisdiction by the ICC with Regard to the Crime of Aggression', 9 *International Criminal Law Review*, 2009, ps. 411/433; MAY, L., *Aggression and Crimes Against Peace*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008; REISINGER CORACINI, "Amended Most Serious Crimes": A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?' 21 *LJIL*, 2008, ps. 699/718; WEISBORD, N., 'Prosecuting Aggression', 49 *Harvard International Law Journal*, 2008, ps. 161/220; BLOKKER, N., 'The Crime of Aggression and the United Nations Security Council', 20 *LJIL*, 2007, ps. 867/894; CASSESE, A., 'On Some Problematic Aspects of the Crime of Aggression', 20 *LJIL*, 2007, ps. 841/849; MCDUGALL, C., 'When Law and Reality Clash - The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression', 7 *International Criminal Law Review*, 2007, ps. 277/333; SOLERA, O., *Defining the Crime of Aggression*, London: Cameron May, 2007; STEIN, T., 'Aggression als Verbrechen im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs - "A Bridge too Far"?' EN MÜLLER -DIETZ, H. et al. (eds), *Festschrift für Heike Jung* (Baden-Baden: Nomos, 2007 ps. 935/944; STEIN, M., 'The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive is the Security Council's Power to Determine Aggression?' 16 *Indiana International and Comparative Law Review*, 2005, ps. 1/36; BOEVING, J.N., 'Aggression, International Law and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute', 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, ps. 557/611; PAULUS, A., 'Peace through Justice? The Future of the Crime of Aggression in a Time of Crisis', 50 *Wayne Law Review*, 2004, ps. 1/35; POLITI, M. and G. NESI (eds), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot: Ashgate, 2004; FIFE, R., 'Criminalizing Individual Acts of Aggression by States', in BERGMSO, M. (ed.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden. Essays in Honour of Asbjorn Eide*, Leiden: Nijhoff, 2003, ps. 53/73; NSEREKO, D.D., 'Defining the Crime of Aggression: An Important Agenda Item for the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court', *Acta Juridica*, 2003, ps. 265/286; SCHUSTER, M., 'The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword', 14 *Criminal Law Forum*, 2003, ps. 1/57; GRIFFITHS, R.L., 'International Law, the Crime of Aggression, and the *Ius ad Bellum*', 2 *International Criminal Law Review*, 2002, ps. 301/374; MUELLER-SCHIEKE, I.K., 'Defining the Crime of Aggression under the Statute of the International Criminal Court', 14 *LJIL*, 2002, ps. 409/430; MERON, T., 'Defining Aggression for the International Criminal Court', 1 *Suffolk Transnational Law Review*, 2001, ps. 1/15; y, HUMMIRICH, M., *Der völkerrechtliche Tatbestand der Aggression*, Baden-Baden: Nomos, 2001.

³¹ ZIMMERMANN, A., 'Article 5', en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court* (2ª. ed., Munich-Oxford-Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008, at para. 1.

³² WESTDICKENBERG, G. y FIXSON, O., *supra* nota 17, ps. 500/503.

tar, en la medida de lo posible, apartarse de lo ya acordado en el Estatuto de la CPI. Esto trajo consigo el reto de formular una definición para ser aplicada conforme a la “Parte General” contenida en la III Parte del Estatuto, que no existía cuando se concibió el Derecho Penal Internacional contra la agresión. En segundo lugar, y de forma más importante, fue difícil determinar con precisión el estatus del Derecho Internacional consuetudinario, especialmente en lo relativo al componente estatal (*state component*) del delito. Mientras que esto explica porqué las referencias al Derecho Internacional consuetudinario fueron menos frecuentes durante el Proceso de Princeton que en Roma, nunca se cuestionó que los precedentes de Nüremberg y Tokio proporcionaban una orientación crucial para la definición del delito.

c) La clasificación de las negociaciones en tres partes

El trabajo del SWGCA se dividió en tres partes: conducta individual, conducta del Estado y condiciones para el ejercicio de la competencia jurisdiccional³³.

i) Conducta individual

El acuerdo sobre este aspecto fue el más sencillo de alcanzar. Tras algunas discusiones, se decidió abandonar el enfoque “monista”³⁴ del Documento de debate de 2002, que empleaba el término “participar activamente” (*actively participates*) para describir la conducta necesaria para la comisión individual del delito. En lugar de eso, y conforme al principio rector de desviarse lo menos posible de la III Parte del Estatuto, se utilizó la fórmula de Nüremberg referida a “*planning, preparation, initiation or execution*”³⁵ (planificar, preparar, iniciar o ejecutar). Esta enumeración de actuaciones debe ser leída de forma conjunta con las diversas formas de participación mencionadas en el art. 25 (3) del Estatuto, dado que, precisamente, la distinción entre las diversas formas de participación, contempla un enfoque “diferenciador”.

Muy pronto se alcanzó un sólido consenso a la hora de considerar que, en el crimen de agresión, lo absolutamente determinante era la posición de autoridad del autor. Tanto en el Documento de debate de 2002 como en la Propuestas de 2009 se hacía referencia a esta idea cuando se aludía a “una persona en condiciones de controlar o dirigir efectivamente una acción política o militar

³³ Ver el informe del SWGCA de 2006, SWGCA, § 5 et seq.; BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 109 y ss.

³⁴ Para una distinción entre el enfoque “monista” y el “diferenciador” sobre el componente individual del crimen, *vid.* el Documento de debate I propuesto por KRESS, CLAUS en BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 184 y ss.

³⁵ Nótese, sin embargo, que la fórmula de Nüremberg (*supra* nota 6) incluía la palabra ‘*waging*’ (hacer) en lugar de ‘*executing*’ (ejecutar).

de un Estado”. Esta fórmula, que retorna a Nüremberg³⁶, distingue el crimen de agresión de los otros crímenes de Derecho Internacional. Una vez tomada la decisión a favor del enfoque “diferenciador”, era necesario expresar el carácter absoluto del requisito de la posición de dirección o mando del autor a través de un nuevo art. 25 (3) bis del Estatuto³⁷. Esta disposición deja en claro que el soldado ordinario que sirve en las filas del Estado agresor no será considerado partícipe (*aider or abettor*) conforme al art. 25 (3) (c) del Estatuto.

A diferencia de lo dispuesto en el punto I.3 del Documento de debate de 2002, conforme a las Propuestas de 2009, las normas de la Parte General (contenidos en la parte III del Estatuto) eran perfectamente aplicables al crimen de agresión. El grado en el que esas disposiciones tengan relevancia práctica en casos de agresión deberá ser determinado respecto de cada disposición en forma específica. Es ciertamente poco probable que los arts. 28 y 33 del Estatuto lleguen a adquirir relevancia práctica. Por otro lado, y a diferencia del Documento de debate de 2002, las Propuestas de 2009 no contienen elementos subjetivos en relación con el crimen de agresión, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 30 del Estatuto. No obstante, los elementos del crimen de agresión —de los que nos ocuparemos más adelante—³⁸ contienen algunas indicaciones sobre la interrelación entre el propuesto art. 8º bis y el art. 30 del Estatuto.

ii) La conducta de agresión del Estado

Razones políticas pudieron haber hecho que el crimen de agresión hubiese abarcado ciertas conductas violentas de organizaciones privadas transnacionales³⁹, especialmente teniendo en cuenta que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede calificar la violencia grave transnacional no estatal como una amenaza a la paz internacional, dado que dicha violencia se califica con frecuencia como un ataque armado conforme al art. 51 de la Carta de

³⁶ Ha habido un cierto debate, sin embargo, en cuanto si este lenguaje es lo suficientemente amplio como para cubrir la totalidad del acervo consuetudinario. Ver “Escuchar Leer fonéticamente”, Diccionario HELLER, K., ‘Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression’, 18 *European Journal of International Law*, 2007, ps. 477/497, y KRESS, C., ‘The Crime of Aggression before the First Review of the ICCSt.’, 20 *LJIL*, 2007, ps. 851/865, p. 855.

³⁷ Ver *sub* 4. De las propuestas de 2009. Para una crítica a esta solución, *vid.* AMBOS, K., ‘The Crime of Aggression after Kampala’, 53 *German Yearbook of International Law*, 2010, (forthcoming). Sobre el posible “acierto” de esta solución, *vid.* KRESS, C., *supra* nota 30, p. 1134.

³⁸ Ver *infra* 3. D.

³⁹ Esta puntualización ha sido formulada, por ejemplo, por STHAN, C., ‘International Law at a Crossroads? The Impact of September 11’, 62 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2002, 183-255, p. 250; ver también, CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª. ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 157.

Naciones Unidas⁴⁰. Sin embargo, en el curso de las negociaciones sobre el crimen de agresión, los Estados decidieron permanecer dentro de los límites del Derecho Internacional consuetudinario, y el Documento de debate de 2002 restringió el componente colectivo del crimen a la conducta de un Estado. Así pues, el requisito de un acto internacional estatal ilícito constituye otra peculiaridad (junto con el requisito de la posición de dirección o mando) del crimen de agresión en comparación con los otros crímenes de Derecho Internacional.

Durante las negociaciones quedó igualmente claro que la conducta de agresión de un Estado debe consistir en un uso ilícito de la fuerza armada. Las normas primarias de Derecho Internacional que deben ser protegidas por la norma secundaria sobre el crimen de agresión son las prohibiciones del uso de la fuerza prevista en el art. 2º (4) de la Carta de Naciones Unidas⁴¹, y en el Derecho Internacional consuetudinario. Este extremo fue el único aspecto no controvertido de las negociaciones sobre la conducta del Estado. La definición de aquello en lo que consiste el uso ilícito de la fuerza armada fue, sin embargo, un extremo mucho más debatido. Al respecto se mantuvieron puntos de vista totalmente divergentes. En primer lugar, se debatió si se debía tener en cuenta la definición de “acto de agresión” del Anexo a la Res. 3314⁴², y, en segundo lugar, si el ámbito de aplicación del crimen de agresión debería limitarse a ciertas formas de uso ilícito de la fuerza armada por parte de un Estado. Por un lado, y de forma simplificada, cabe decir que un grupo de Estados (comprendidos por los países neutrales) estaba a favor de una definición amplia que remitiera a la lista de actos enumerados en el art. 3 del Anexo a la Res. 3314 sin agregar nuevos límites, mientras que otro grupo de Estados (al que pertenecen muchos países de la OTAN) insistían en la necesidad de agregar más conductas típicas⁴³. Sobre este punto debe destacarse que el SWGCA trató de alcanzar un compromiso en relación con tal definición que aunara los elementos de ambas posiciones. Así pues, el compromiso combina una referencia a la Res. 3314 con una cláusula de ampliación⁴⁴.

La referencia a la Res. 3314 en el art. 8º bis (2) constituye el mayor punto de consenso sobre las posiciones concurrentes. La primera frase de este segundo apartado, cuya redacción se toma del art. 1º del Anexo a la Res. 3314, opera como cláusula *chapeau*. La segunda frase de este segundo inciso del art. 8 bis

⁴⁰ Para algunas referencias sobre la controversia en torno a este aspecto en la actualidad, ver KRESS, C., ‘Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts’, 15 *Journal of Conflict & Security Law*, 2010, 245-274, p. 248 (notes 9/12).

⁴¹ En la medida en que el art. 2º (4) de la Carta de las Naciones Unidas también prohíbe la amenaza del uso de la fuerza armada, que excede el ámbito de la conducta que está sujeta a la penalización internacional.

⁴² *Supra* note 14.

⁴³ Véanse las diferentes opciones en el párr. 1º del Documento de debate de 2002.

⁴⁴ Ver art. 8º bis párr. 1º y 2º de las Propuestas de 2009.

ilustra el significado de la cláusula *chapeau* mediante un listado de los actos de agresión contenidos en el art. 3º del Anexo a la Res. 3314. Esta técnica legislativa no impide a la Corte determinar que un acto de un Estado cumple los requisitos del *chapeau* no obstante no estar incluido entre los mencionados en la lista⁴⁵. Por último, la inclusión de la frase “de conformidad con la Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974”, en el segundo párrafo del art. 8º bis alberga una “constructiva ambigüedad”, ya que deja abierta la pregunta de si y de qué manera otras disposiciones del Anexo de la Res. 3314 pueden ser relevantes para la CPI a la hora de interpretar el tipo penal sobre agresión. En relación con lo anterior, la Corte se guiará por su marco normativo incluyendo *inter alia*, las disposiciones relativas a los derechos humanos conforme a lo dispuesto en los arts. 21 (3) y 67 (1) (i) del Estatuto. El efecto *prima facie* que el art. 2º del Anexo a la Res. 3314 adjudica al primer uso de la fuerza armada queda limitado, por tanto, a la decisión en el marco del Consejo de Seguridad, y no guiará el trabajo judicial de la CPI.

Michael Glennon critica en un meditado escrito la definición de “acto de agresión” contenida en el art. 8º bis (2) de las Propuestas de 2009 por no incorporar, como requisito, la ilegalidad del acto. Glennon considera que las acciones militares llevadas a cabo en legítima defensa podrían ser calificadas como acto de agresión dentro del significado del art. 8º bis⁴⁶. Esta crítica pone de relieve, con razón, una dificultad, pero analizada ésta en profundidad, no es tal. El problema planteado deriva del hecho de que los arts. 1º y 3º del Anexo a la Res. 3314 parecen definir el “acto de agresión” sin tener en cuenta los casos en los que esté justificado recurrir al uso de la fuerza, como ocurre en supuestos de legítima defensa. A esos casos se hace referencia únicamente en el art. 6º del Anexo a esa resolución, que señala lo siguiente: “nada de lo dispuesto en la presente definición se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza”. Esta redacción permite situar los “actos de agresión” dentro de los arts. 1º y 3º, incluso cuando exista una justificación legal para el uso de la fuerza. Como correctamente señala Glennon, la extraña posibilidad de elaborar un “acto de agresión lícito” ha sido incorporada en el art. 8º bis de las Propuestas de 2009. El reconocimiento de un concepto tan extraño puede evitarse mediante una interpretación conjunta de los arts. 1, 3 y 6, como de hecho lo exige el art. 8º de dicho Anexo. La ausencia de una causa de justificación sobre el uso de la fuerza armada constituye un elemento

⁴⁵ CLARK, R.S., “Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010”, 2 *Goettingen Journal of International Law* (2010) 689-711, at 696; la lista contenida en el art. 8º bis (2) a) a g) debe ser llamada, por esto, “semi-cerrada”. Desde nuestro punto de vista, esto no contradice el principio de seguridad jurídica del derecho internacional (sobre este principio, ver KRESS, C., *supra* note 8, paras 29-31) porque el requisito del *chapeau* garantiza un suficiente grado de seguridad jurídica. Para un punto de vista diferente, *vid.* AMBOS, K, *supra* note 37.

⁴⁶ GLENNON, *supra* note 30, 88-90.

negativo implícito en el concepto de acto de agresión definido en el Anexo de la Res. 3314. La expresión “de conformidad con la Res. 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974” también se incluyó en el borrador de art. 8° bis. Además, debe destacarse que el borrador del art. 9° bis de las Propuestas de 2009 no prevé ninguna consecuencia legal al “acto de agresión” *per se*. El “acto de agresión” en el borrador del Art. 8 bis (2) no puede separarse, sino que tiene que ser leído junto con el elemento referido a la “violación manifiesta” del art. 8° bis (1)⁴⁷.

Por varias razones habría resultado sumamente problemático definir el elemento “conducta de un Estado” a través de una mera referencia a la Res. 3314. La definición del “acto de agresión” contenida en los arts. 1° y 3° del Anexo a esa Resolución no se incorporó con la finalidad de que después fuese usada para definir la “conducta de un Estado” del tipo penal de agresión. Por ello, en el art. 5.2 del Anexo a la Resolución sólo se hace referencia a la “guerra de agresión” como un crimen contra la paz internacional⁴⁸. Por esta y otras razones⁴⁹ es difícil considerar que los arts. 1° y 3° del Anexo plasmen el elemento referido “conducta de un Estado” conforme al Derecho Internacional consuetudinario.

Por otro lado, una mera referencia a la Res. 3314 no habría servido adecuadamente para solucionar el reto fundamental de definir el crimen de agresión. Resulta un hecho innegable que las normas primarias de Derecho Internacional (prohibición del uso de la fuerza según la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional consuetudinario) están rodeadas por una “zona gris” de controversia jurídica⁵⁰. Esto constituye una imperfección del actual Derecho de la paz y seguridad interestatal, mas no por ello ha de ser remediado por la “puerta de atrás” del Derecho Penal Internacional. Así pues, acudir a la Res. 3314 crearía [parafraseando al embajador Rolf Fife, coordinador noruego de la preparación de la Conferencia de Kampala] el peligro de no asentar la definición de crimen de agresión sobre bases sólidas, arriesgando que la CPI se convierta en un foro “de continuación política”⁵¹.

A pesar de lo anterior, la abrumadora mayoría de Estados estuvieron a favor de hacer una referencia a la Res. 3314 en lugar de aplicar el clásico concep-

⁴⁷ Es probable que las preocupaciones expresadas por SCHFFER, D., ‘The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute’, 23 *LJIL*, 2010, ps. 897/ 904, ps. 898/90, sobre la distinción entre crimen y acto de agresión estén basadas en tan problemático divorcio.

⁴⁸ Para más detalles sobre el análisis, ver BRUHA, T., *Die Definition der Aggression*, Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 126 y ss.

⁴⁹ Ver en general, WILMSHURST, *supra* note 13, p. 320 y ss.

⁵⁰ Para una sucinta exposición magistral sobre la “zona gris” ver WILMSHURST, *supra* nota 13, ps. 322/325.

⁵¹ FIFE, *supra* nota 30, p. 73.

to de “guerra de agresión”⁵². No obstante, quedó claro que dicha referencia a la Res. 3314 necesitaba ser calificada en aras de lograr el consenso. Al respecto, los negociadores tuvieron que elegir entre una rigurosa intencionalidad colectiva y un requisito de umbral mínimo⁵³ con el fin de satisfacer a los Estados que sostenían que el uso de la fuerza por parte de un Estado debía ser lo suficientemente serio y su ilegalidad no controvertida. Finalmente, se logró un acuerdo provisional partiendo de la segunda alternativa. El art. 8° bis (2) *in fine* de las Propuestas de 2009 exige, por eso, que el acto de agresión “por sus características, gravedad y escala, constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁴”. Mientras que los criterios de gravedad y escala se refieren al requisito de “gravedad suficiente”, el criterio de “por sus características” se refiere al problema de la “zona gris” ya mencionado⁵⁵.

La formulación del elemento “conducta de un Estado” del art. 8° bis en las Propuestas de 2009 probablemente no satisfizo a nadie, pese a ello quedó claro que era la mejor opción final y por esa razón fue la propuesta enviada a Kampala.

iii) Las condiciones para el ejercicio de la competencia

Desde una perspectiva política, el posible papel del Consejo de Seguridad fue, sin duda, la cuestión más delicada a tratar durante las negociaciones. El art. 23 (2) del borrador presentado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1994 sobre un Estatuto de la CPI proponía hacer depender el procedimiento por un crimen de agresión de una resolución previa del Consejo de Seguridad en relación con dicho acto de agresión⁵⁶. Esta propuesta, sin embar-

⁵² Nótese que este concepto está todavía referenciado en las opciones 1 y 2 del borrador de art. 8° bis del Documento de debate de 2002.

⁵³ Para algunas reflexiones al respecto, Ver KRESS, C. “*The German Chief Federal Prosecutor’s Decision not to investigate the alleged crime of preparing aggression against Iraq*”, 2 *jiic*, 2004, ps. 245/264, ps. 256/259.

⁵⁴ El Documento de debate de 2002 emplea el término “flagrante” en lugar de “manifiesta”. No parece ser una explicación “oficial” para la elección del término “manifiesta”. El párr. 20 del informe de la reunión de Princeton de 2006 sólo indica que hubo una “preferencia general... por el término ‘manifiesta’ en lugar de ‘flagrante’”. Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER AND WENAWESER, *supra* nota 28, p. 144.

⁵⁵ El “Documento de debate 3”, que fue presentado ante el SWGCA en 2005, se refirió a esta segunda función del requisito del umbral mínimo en términos un tanto cautelosos. La doble función del umbral fue, sin embargo, la clara interpretación de la mayoría de aquellos Estados que insistían en la inclusión del umbral mínimo. Esto se desprende del siguiente pasaje del informe de la reunión del SGWCA en junio de 2008: “Las delegaciones partidarias de la cláusula de umbral mínimo señalan que se limitaría de manera apropiada la competencia de la Corte a los más graves actos de agresión bajo el derecho internacional consuetudinario, excluyendo, por tanto, casos de insuficiente gravedad y que caen dentro de una zona gris”. BARRIGA, DANSPECKGRUBER AND WENAWESER, *supra* note 28, at 87 (paragraph 68).

⁵⁶ El texto está reproducido en BASSIUNI, M. C. (ed.), *The Legislative History of the International Criminal Court: An Article-by-Article Evolution of the Statute*, Ardsley: Transnational Publishers, 2005, p. 130.

go, generó críticas dentro de la CDI al introducir en el Estatuto una desigualdad sustancial entre aquellos Estados miembros del Consejo de Seguridad y aquellos otros no miembros, especialmente entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y el resto de Estados⁵⁷. Esta crítica fue compartida por la gran mayoría de Estados que participaron en las negociaciones, y fue acertada en tanto que pronosticaba que una resolución de esas características “no fomentaría una amplia adhesión de los Estados al Estatuto”⁵⁸. La cuestión acerca de la justificación del monopolio del Consejo de Seguridad sobre la determinación de un acto de agresión, como sugería el borrador de Estatuto de la CDI de 1994, ha recibido mucha atención en los últimos diez años, por lo que no reproduciremos aquí este debate. Basta decir que en línea con el extenso debate doctrinal internacional sobre esta materia, un buen argumento es que ni el art. 39 de la Carta de Naciones Unidas, ni el art. 5º (2) del Estatuto requieren conceder al Consejo de Seguridad el monopolio⁵⁹.

Los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, por su parte, adoptaron la propuesta de la Comisión de Derecho Internacional y la defendieron enérgicamente hasta los últimos minutos de las negociaciones. Acordar una solución que salvara la amplia brecha entre, por un lado, el monopolio de los cinco Estados permanentes del Consejo, y por otro, la negativa a cualquier papel del Consejo más allá de lo reconocido en el art. 16 del Estatuto, constituía un gran reto. La formulación alternativa del borrador de art. 15 bis (4) en las Propuestas de 2009, con sus varias opciones, demostró que el SWGCA, como era de esperar, no podía resolver la llamada *question of questions*. Por eso, el polémico tema del papel del Consejo de Seguridad se pospuso hasta el final del juego en Kampala.

Una comparación entre las opciones contenidas en el Documento de debate de 2002 y en las Propuestas de 2009 revela cuán lejos había llegado el SWGCA en este arduo terreno. El logro más importante del SWGCA en este punto fue establecer un consenso sobre que cualquier papel del Consejo de Seguridad con respecto al procedimiento de agresión sería de naturaleza procedimental⁶⁰. Los miembros del SWGCA acordaron que para el propósito específico de establecer una responsabilidad penal individual, correspondería exclusivamente a la CPI determinar si el elemento de la conducta del Estado había sido cumplido o no. Así, “la determinación de que hubo un acto de agre-

⁵⁷ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May to 22 July 1994, UN Doc. A/49/10, 43, at 87 et seq.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Para una exposición detallada de la posición jurídica correcta ver Schaeffer, *supra* note 30, p. 412 y ss.; McDougall, *supra* note 30, at 279 et seq.; y, Stein, *supra* note 30, at 5 et seq. El intento más reciente de Glennon, *supra* note 30, ps. 105/109, para el caso de un monopolio del Consejo de Seguridad, no ha aportado nuevos argumentos. Se basa en consideraciones de naturaleza política, por lo que tampoco nos convence.

⁶⁰ CLARK, *supra* note 45, 700.

sión realizada por un órgano ajeno a la Corte sería sin perjuicio de las propias conclusiones de la Corte según este Estatuto”⁶¹, lo que hace que las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la (no) existencia de un acto de agresión, en particular, esos previstos en los arts. 2º y 4º del Anexo a la Res. 3314, no sean vinculantes para la CPI. El segundo logro importante fue asegurar el consenso sobre el hecho de que los tres mecanismos de “activación” enumerados en el art. 13 del Estatuto de la CPI se aplicarían también al crimen de agresión. El art. 15 bis (1) de las Propuestas de 2009 plasmó este acuerdo.

Cuanto más duraban las negociaciones dentro del SWGCA, más claro resultaba que la controversia sobre el posible papel del Consejo de Seguridad estaba muy unida a otra cuestión: la relativa a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción competencia. Es decir, si la Corte debía tener poder para ejercer su competencia sobre el crimen de agresión, incluso en casos en los que el presunto Estado agresor no hubiera consentido respecto a las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. No era ilógico suponer que sería más fácil para los miembros permanentes del Consejo de Seguridad tolerar el comienzo del procedimiento ante la CPI, incluso sin el consentimiento del Consejo si se acordaba que los procedimientos no podían ser iniciados a menos que el presunto estado agresor hubiera consentido respecto de las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. Esto presagiaba la posibilidad de un eventual compromiso final construido sobre la base de una competencia sobre el crimen de agresión resultante de una combinación entre un sistema basado en el Consejo de Seguridad y uno basado en el consentimiento del Estado.

El camino hacia tal compromiso, sin embargo, no fue tan obvio por razones políticas y jurídicas. Desde la perspectiva política, un gran número de delegaciones (no sólo el grupo de los Estados No Alineados) era partidario de la aplicación del art. 12 del Estatuto de la CPI sin ninguna modificación⁶². Aquellos más favorables a condicionar la competencia de la Corte (en ausencia de un consentimiento del Consejo de Seguridad a iniciar el procedimiento) al consentimiento de los Estados al crimen de agresión confiaban en el argumento de que la segunda frase del art. 121 (5) del Estatuto requería una solución jurídica. Este argumento, sin embargo, fue muy polémico con respecto a la interpretación de dicha frase, y con respecto a la aplicabilidad del art. 121 (5) a las nuevas disposiciones. Esta controversia procede de la “ambigüedad básica”⁶³ de los arts. 5 (2) y 121 del Estatuto con respecto al papel del consentimiento

⁶¹ Ver el borrador de Art. 15 bis (5) de las Propuestas de 2009. Esta importante disposición ha hecho su camino en el compromiso de Kampala en la forma del borrador de art. 15 bis (9) y del borrador de art. 15 ter (4) del Estatuto de la CPI. Ver infra 4.F.

⁶² Sobre la historia del régimen jurisdiccional en el Estatuto, ver KAUL, y C. KREB, ‘Jurisdiction and Cooperation in the Rome Statute on the International Criminal Court: Principles and Compromises’, 2 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, 143-175.

⁶³ La expresión está tomada del resumen de un reciente artículo de uno de los principales expertos en la materia. Ver CLARK, R.S., ‘Ambiguities in Articles 5(2), 121 and 123 of the Rome Statute’, 41 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2009) 413- 427, at 413.

del Estado en casos de procedimiento de agresión y de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones sobre el crimen de agresión. Con el fin de comprender completamente la etapa final de las negociaciones y de apreciar completamente el complejo compromiso de Kampala, hay que tener en cuenta que fueron avanzadas, dentro del SWGCA, cuatro interpretaciones diferentes del art. 5º (2) del Estatuto en relación con el art. 121⁶⁴.

El “modelo de aprobación” consiste en aplicar simplemente el art. 121 (3) del Estatuto, que dice lo siguiente:

“La aprobación de una enmienda en una reunión de la Asamblea de los Estados parte o en una Conferencia de Revisión en la que no sea posible llegar al consenso requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados parte”.

Según el “modelo de aprobación”, la Corte puede ejercer su competencia sobre el crimen de agresión de acuerdo con el art. 12 del Estatuto una vez que las nuevas disposiciones hayan sido aprobadas en una reunión de la Asamblea de Estados partes o en una conferencia de revisión. Esta interpretación se basa en la literalidad del art. 5º (2) Estatuto, que igual que el art. 121 (3) usa la palabra “aprobación”. El problema con esta interpretación es que, cuanto menos, cuestionable dado que el Estatuto no distinguió entre “aprobación” y “entrada en vigor” en el caso de agresión, mientras que sí lo hace en el caso de las “enmiendas a disposiciones de carácter institucional” según lo previsto en el art. 122 del Estatuto. Además, del “modelo de aprobación” se deriva la siguiente consecuencia: la ratificación de las disposiciones sobre el crimen de agresión por los Estados sería jurídicamente irrelevante, lo que no deja de ser llamativo dada la importancia política de la cuestión. En otro extremo se sitúa el “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa”. El art. 121 (5) del Estatuto CPI dice lo siguiente:

“Las enmiendas a los arts. 5º, 6º, 7º y 8º del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado parte que no haya aceptado la enmienda”.

El “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa” descarta que la CPI ejerza su competencia sobre el crimen de agresión cuando el Estado parte de la nacionalidad del presunto infractor o el Estado parte en cuyo territorio el delito ha sido presuntamente cometido, no haya aceptado las disposiciones so-

⁶⁴ La mayoría de ellas está reflejada en el informe de la reunión de Princeton de 2005. BARRIGA, S., DANSPECKGRUBER, W., WENAWESER, *supra* note 28, at 167-169 (paragraphs 5-17). Sobre la imagen final, *vid. ibid.*, at 50-51 (paragraphs 6-11), and at 56-57 (paragraphs 31-37). Es importante destacar que la controversia acerca de los cuatro modelos descritos en el siguiente texto no incluye el caso especial de una remisión del Consejo de Seguridad. Aquí todos los miembros del Special Working acordaron que la CPI debería ejercer su competencia independientemente del consentimiento de cualquier estado. Ver *ibid.*, at 55-56 (paragraphs 28-29).

bre el crimen de agresión⁶⁵. El problema con esta interpretación es que el art. 5° (2) del Estatuto no habla de “entrada en vigor”. A primera vista, es difícil leer la referencia en la última disposición que se dirige al art. 121 (5). Sin embargo, si las disposiciones sobre el crimen de agresión fueran consideradas como enmiendas que tienen que entrar en vigor en alguna forma no determinada por el art. 121 (3), no queda claro si tal enmienda es una de las de “los arts. 5°, 6°, 7° y de este Estatuto”, como exige el art. 121 (5). Se puede argumentar que la enmienda en cuestión no afecta a esos artículos o que la enmienda va más allá de esos artículos en la medida en que trata con las condiciones para el ejercicio de la competencia. Finalmente, este modelo ignora el hecho de que el crimen de agresión y aquellos otros recientemente añadidos a la lista, ya forman parte de la competencia de la corte en virtud del art. 5° (1) (d) del Estatuto de la CPI.

De acuerdo con el “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, la segunda frase del art. 121 (5) sólo tiene el efecto limitado de colocar a los Estados partes no-aceptantes precisamente en las mismas condiciones para el propósito de la aplicación del art. 12 (2) del Estatuto⁶⁶. Esto significaría que la Corte no sería categóricamente excluida del ejercicio de la competencia sobre los presuntos autores del crimen de agresión cuando el estado de su nacionalidad no hubiera aceptado las disposiciones del crimen de agresión. En lugar de ello, la Corte tendría poder para ejercer su competencia de acuerdo con el art. 12 (2) a del Estatuto si el estado víctima hubiera aceptado la disposición en cuestión⁶⁷.

Una lectura menos rigurosa de la segunda frase del art. 121 (5) del Estatuto, como sugiere el “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, elude el problema de una injusta discriminación entre Estados no aceptantes y no Partes. El “modelo del art. 121 (5), con una interpretación negativa”, inevitablemente se enfrenta al problema de la discriminación. Como se acaba de ver, según este modelo, la segunda frase del art. 121 (5) constituye una desviación del art. 12 (2) del Estatuto. Esta desviación, sin embargo, parece que sólo se aplica a Estados partes porque la segunda frase del art. 121 (5) sólo se refiere

⁶⁵ Como se indicó supra nota 64, aquéllos partidarios de este modelo no deseaban aplicar la segunda frase del art. 125 (2) del Estatuto CPI en el caso de una remisión al Consejo de Seguridad. Mientras que esta frase no distingue explícitamente entre los tres mecanismos de activación, se puede argumentar que esta frase ha sido formulada con vista al art. 12 (2) del Estatuto, que es inaplicable en el caso de una remisión al Consejo de Seguridad según el art. 13 (b) del Estatuto.

⁶⁶ Para una exposición sobre este modelo, cuya relevancia excede, por supuesto, del crimen de agresión, ver REISINGER CORACINI, A., “Amended Most Serious Crimes”: A New Category of Core Crimes within the Jurisdiction but out of the Reach of the International Criminal Court?, 21 *LJIL*, 2008, ps. 699/718, y 707/714.

⁶⁷ Esto se basa en la opinión de que el territorio del estado víctima forma parte del territorio en el cual el crimen de agresión ha sido cometido dentro del significado del art. 12 (2) a del Estatuto CPI. Esta opinión fue compartida de manera general por los miembros del SWGCA. Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER AND WENAWESER, *supra* nota 28, at 57 (paras. 38 y 39).

a ellos⁶⁸. Mientras que ello constituye una ventaja del “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, que no se encuentra con este problema de discriminación, difícilmente se puede negar que “la interpretación positiva” de la segunda frase derive de su literalidad⁶⁹. Además de este problema general de la lectura “positiva” de la segunda frase del art. 121 (5), el “modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, como modelo diseñado para aplicar en el caso especial del crimen de agresión, presenta la misma dificultad que el “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa”, a saber, que ni la literalidad del art. 5º(2) del Estatuto CPI, ni el art. 121 (5) sugiere claramente la aplicación de esta disposición en el caso especial de crimen de agresión.

El “modelo del art. 121 (4)” considera las disposiciones sobre el crimen de agresión como una enmienda al Estatuto de la CPI, pero por —al menos— una de las razones ya expuestas, no como una “enmienda a los art. 5º, 6º, 7º y 8º del presente estatuto” dentro del significado del art. 121 (5). Esto conduce a la aplicación del art. 121 (4), que dice lo siguiente:

“Salvo lo dispuesto en el párr. 5º, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados partes un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión”.

Después de lo dicho hasta aquí, queda claro que el “modelo del art. 121 (4)” también se enfrenta al problema de que el art. 5º (2) del Estatuto no prevé una enmienda. Además, el efecto jurídico de la aplicación del art. 121 (4) al crimen de agresión sería bastante extraño si se compara con la introducción de nuevos delitos previstos en el art. 121 (5). Mientras que la Corte podría ejercer su jurisdicción sobre estos nuevos delitos un año después del depósito de la primera ratificación de acuerdo con la primera frase del art. 121 (5), la ratificación de siete octavos de los Estados partes se necesitaría para establecer la competencia de la corte sobre el crimen de agresión incluso aunque ese delito ya forme parte de aquéllos que son competencia de la Corte según el art. 5º del Estatuto CPI.

Desafortunadamente, el problema de interpretación mencionado no puede resolverse por referencia a los trabajos preparatorios. Como Roger Clark (quien estuvo directamente implicado en las negociaciones de la Parte 13 del Estatuto) ha señalado, no hay una clara intención de los redactores sobre cómo leer de manera conjunta los arts. 5º (2) y 12 del Estatuto⁷⁰ (formulados por dos grupos de trabajo diferentes en Roma). Por esto, la propuesta más razonable

⁶⁸ Debe ser destacado que muchos Estados partidarios del “modelo del art. 121 (5) con una interpretación negativa” se sintieron incómodos con la discriminación entre Estados parte no aceptantes y Estados no parte, y se mostraron de acuerdo para llegar a un entendimiento común sobre la eliminación de tal discriminación. *Vid.* también *infra* nota 119.

⁶⁹ Para una elocuente justificación a favor del “Modelo del art. 121 (5) con interpretación positiva”, ver REISINGER CORACINI, A., *supra* note 66.

⁷⁰ CLARK, *SUPRA* note 63, at 421-425.

(formular un “mecanismo especial de entrada en vigor”) se hizo tanto dentro del SWGCA como fuera, mucho antes de Kampala⁷¹.

iv) El acuerdo sobre el proyecto de los elementos de los crímenes

La Resolución F del Acta Final de la Conferencia de Roma también instó a los Estados partes a adoptar los elementos de los crímenes dentro del significado del art. 9º del Estatuto⁷². Por ello, el Grupo de Trabajo sobre la Comisión Preparatoria en materia de agresión formuló algunas indicaciones sobre el aspecto que podían tener estos elementos, y un borrador fue incluido en el Documento de debate de 2002⁷³. Cualquier trabajo posterior sobre los elementos fue entonces pospuesto hasta que se alcanzara un acuerdo internacional sobre el art. 8º bis. Cuando este acuerdo se alcanzó en 2009, las delegaciones de Australia y Samoa⁷⁴ tomaron la iniciativa para preparar el primer borrador⁷⁵. En abril de 2009, dicho borrador fue objeto de una intensa discusión durante una reunión informal en Montreux. El texto y las explicaciones que resultaron de esta reunión⁷⁶ se sometieron a todas las delegaciones en junio de 2009 en una reunión en el *Princeton Club* de Nueva York, en la cual se alcanzó un acuerdo provisional sobre los siguientes elementos que debían ser acordados en Kampala:

Introducción

1. Se entenderá que cualquiera de los actos a los que se hace referencia en el párr. 2º del art. 8º bis se caracterizará como un acto de agresión.
2. No existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad entre el uso de la fuerza armada por el Estado y la Carta de las Naciones Unidas.
3. La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva.
4. No existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza “manifiesta” de la violación.

Elementos

1. Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión.

⁷¹ Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* note 28, at 51 (paragraph 11); REISINGER CORACINI, A., *supra* note 66, at 716.

⁷² *Supra* note 20.

⁷³ *Supra* note 22 (*sub II.*); el borrador no ha sido reproducido como parte de la cita que acompaña a esta nota.

⁷⁴ Sobre el trabajo preparatorio de los elementos, ver la contribución académica del delegado de Samoa, ROGER S. CLARK, *supra* nota 21.

⁷⁵ A esta iniciativa se alude en el informe de la reunión del SWGCA de 2009. *Vid.* Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* note 28, at 58 (paragraph 42).

⁷⁶ Ver BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* note 28, at 36-42.

2. Que el autor sea una persona que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión.

3. Que el acto de agresión —el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas— se haya cometido.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían la incompatibilidad del uso de la fuerza armada por el Estado con la Carta de las Naciones Unidas.

5. Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían esa violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.⁷⁷

El proyecto de elementos para el crimen de agresión versa exclusivamente sobre la definición del crimen. En general, sigue la estructura de los elementos existentes en los otros crímenes bajo competencia de la CPI y deben ser leídos a la luz de la “introducción general” a aquellos elementos⁷⁸. Mientras que el proyecto de elementos no define explícitamente algunos conceptos clave de la definición, sí proporciona dos importantes aclaraciones.

El tercer elemento deja claro que la conducta del Estado debe ocurrir de hecho. Consecuentemente, la conducta individual en las primeras etapas (planear o preparar un acto de agresión) da lugar a una responsabilidad penal individual sólo si una conducta del Estado manifiestamente ilegal realmente se produce. Una vez más, demostraron así los Estados su voluntad de permanecer dentro de los límites existentes en el Derecho Penal Internacional consuetudinario. La pregunta sigue siendo si la participación en casos de actos incompletos de Estados está cubierta en virtud de la disposición sobre tentativa del art. 25 (39) del Estatuto⁷⁹, lo que sería una consecuencia de gran alcance de la aplicación del concepto de tentativa, y uno de los autores de este artículo ha expresado serias dudas con respecto a la idea de un “acto colectivo intentado”⁸⁰.

Los elementos cuarto y sexto del proyecto, que deben ser leídos conjuntamente con los párrafos 2 y 4 de la introducción, proporcionan una importante aclaración sobre cómo el art. 32 (2) del Estatuto debe ser aplicado al crimen de agresión. Está estipulado que un error sobre la ilegalidad manifiesta del uso de la fuerza armada por un Estado no es causa para excluir la responsabilidad penal. A primera vista, esta exclusión de la posibilidad de alegar un *error iuris*

⁷⁷ ICC-ASP/8/Res. 6.

⁷⁸ BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 38 (paragraphs 1-3).

⁷⁹ Nótese que, a diferencia del Documento de debate de 2002, las Propuestas de 2009 no excluyen la aplicación de esta disposición al crimen de agresión.

⁸⁰ “Documento de debate 1”, como es reproducido en BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, p. 192.

puede parecer problemática. Sin embargo, el requisito objetivo de ilegalidad manifiesta tiene ya el efecto de excluir del elemento “conducta del Estado” cualquier uso de la fuerza armada que caiga dentro de la “zona gris” de la prohibición del uso de fuerza. Por esto, el requisito objetivo de ilegalidad manifiesta sirve (en parte) como una “equivalencia funcional” de un *error iuris* en casos de controversia⁸¹. Por esto, la defensa adicional de un *error iuris* es innecesaria, además de indeseable.

III. EL FINAL DEL JUEGO EN KAMPALA

El significativo progreso dado dentro del SWGCA, que se reflejó en la Propuestas de 2009⁸², abrió una oportunidad a la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI. Sin embargo, cuando las delegaciones llegaron a Kampala el 31 de mayo de 2010, no estaba claro si esta oportunidad conduciría a resultados concretos, y probablemente sea justo decir que prevaleció el escepticismo, al menos fuera de Kampala. Los tres prerrequisitos básicos para el éxito final fueron que los Estados partes no cuestionarían el acuerdo provisional sobre la definición de crimen de agresión plasmada en el proyecto de art. 8º bis de las Propuestas de 2009 y en el proyecto de elementos; que encontrarían una solución para el ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión (incluida la llamada *question of questions*; y que el paquete global no causaría un gran enfrentamiento entre Estados partes y Estados no partes. Mientras que jurídicamente era posible adoptar la decisión final por una mayoría de dos tercios de los Estados parte (art. 121 (3) del Estatuto CPI), la voluntad política de votar en todos era incierta. Incluso no estaba claro si un número suficiente de delegaciones estaría presente para asegurar la mayoría necesaria. En ésta nada fácil situación, la mejor estrategia de negociación fue focalizar el debate, en la mayor medida de lo posible, en las condiciones para el ejercicio de la competencia, y buscar primero un argumento sobre el papel del consentimiento del Estado. Sólo alcanzando este acuerdo podría esperarse que Francia y Reino Unido se alejaran de su categórica insistencia referente a

⁸¹ Para una exposición más detallada de la equivalencia funcional del requisito de la “ilegalidad manifiesta” y sobre la defensa de un error de derecho subjetivo en el caso del crimen de agresión, ver KRESS, C., *supra* nota 53, ps. 260/261.

⁸² La *Conference Room Paper on the Crime of Aggression*, de 25 de mayo de 2010 (RC/WGCA/1), sobre la cual se emprendieron las negociaciones para la Conferencia de Revisión, documentó magistralmente este progreso de una manera resumida. El documento compendió las Propuestas de 2009 y el proyecto de Elementos y propuso una oportuna estructura para el resultado final, incluyendo el proyecto de resolución, el proyecto de enmiendas a los Elementos de los Crímenes y el proyecto de entendimientos sobre la interpretación de las enmiendas. El documento final RC/Res.6, Annex II. Amendments to the Elements of Crimes, adoptado por consenso en la 13ª reunión plenaria de 11 de junio de 2010, versión avanzada de 28 de junio de 2010, 18:00, 1-6, at 5; http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf (última consulta realizada el 22 de febrero de 2011) sigue esta estructura.

un monopolio del Consejo de Seguridad sobre el crimen de agresión. Afortunadamente, la estrategia prevaleció en última estancia, en gran parte, gracias al liderazgo de los presidentes del Grupo de Trabajo y de la Conferencia de Revisión⁸³.

a) El preludio: La eliminación de las opciones poco esperanzadoras

El trabajo sobre el crimen de agresión se inició entre bastidores en la forma de una serie de consultas bilaterales de las delegaciones interesadas con el presidente del Grupo del Grupo de Trabajo sobre Agresión (en adelante, por sus siglas en inglés, WGCA). El primer debate formal tuvo lugar el viernes 4 de junio de 2010 y, en general, las intervenciones demostraron el deseo de aprovechar tan histórica oportunidad. Ante la necesidad, ampliamente reconocida, de avanzar con rapidez y decisión en Kampala, el presidente de la *First Revised Conference Room Paper*⁸⁴ propuso eliminar las dos opciones de compromiso en el caso de inactividad del Consejo de Seguridad; a saber, involucrar a la Asamblea General de Naciones Unidas o dar un papel procedimental a la Corte de Justicia Internacional en tal caso⁸⁵. Dado que aquellas opciones habían agotado su potencial, la sugerencia de dejar pasarlas no encontró oposición alguna.

b) Acto primero: el movimiento de apertura de la Argentina, Brasil y Suiza

El domingo 6 de junio de 2010, la parte final de las negociaciones se abrió por la propuesta de un *non-paper* (documento oficioso) de la Argentina, Brasil y Suiza, que será recordada como la “Propuesta ABS”⁸⁶. Esta propuesta constituyó un intento para salvar las diferencias en torno al problema del consentimiento del Estado⁸⁷, proyectando una distinción entre la activación por el Consejo de Seguridad y las otras dos formas de iniciar los procedimientos recogidas en el art. 13 del Estatuto CPI. La entrada en vigor de la activación por el Consejo de Seguridad se regiría por la primera frase del art. 121 (5) del Estatuto y, de acuerdo con el art. 13 (b) del Estatuto, no habría más condiciones para el ejercicio de la competencia. En cambio, la entrada en vigor de las otras

⁸³ El Príncipe Zeid Ra’ad Zeid Al-Husseini, Embajador de Jordania en los Estados Unidos y Primer Presidente de la Asamblea de Estados partes, dirigió las negociaciones en el Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión. Como Presidente de la Asamblea de Estados partes, Christian Wenaweser presidió la Conferencia de Revisión.

⁸⁴ RC/WGCA/1/REV.1, 6.6.2010.

⁸⁵ Sobre el enunciado de estas opciones, *vid.* Art. 15 bis párr. 4º, Alternativa 2, opciones 3 y 4 de las Propuestas de 2009.

⁸⁶ Documento oficioso presentado por la Argentina, Brasil y Suiza el 6 de junio de 2010. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. Documentos Oficiales, Apéndice V, p. 75 (http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf).

⁸⁷ *Supra* 3.C.3.

dos activaciones seguiría el art. 121 (4). A este respecto, las condiciones para el ejercicio de la competencia habrían sido aquellas que de manera general se prevén en el art. 12 (2) del Estatuto. El lunes 7 de junio de 2010, la “Propuesta ABS” recibió muchos elogios por su ingeniosidad e influyó significativamente en el curso posterior de las negociaciones. La distinción propuesta entre la activación por el Consejo de Seguridad y las otras dos fue asumida en la presidencia de la *Revised Conference Room Paper* el 7 de junio de 2010⁸⁸. Aún así, debido a su fuerte dependencia del “modelo del art. 121 (4)”, la propuesta no tenía asegurado el apoyo de los partidarios del “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa”, y menos probable aún era el apoyo de Francia y Reino Unido. Por eso se debieron dar más pasos.

c) Acto segundo: la propuesta de Canadá

El martes 8 de junio de 2010 Canadá respondió a la “Propuesta ABS” y presentó lo que se llamó un *menu approach*⁸⁹. La propuesta canadiense trasladaba al “modelo del art. 121 (5) con interpretación negativa” a un mecanismo *opt-in* para los casos en que el Consejo de Seguridad no hubiera tomado una determinación sobre la existencia de un acto de agresión. La Corte podría entonces comenzar una investigación siempre que la Sala de cuestiones preliminares hubiera dado su autorización y “todos los Estados interesados” hubieran declarado su decisión de tomar parte. En ausencia de una determinación del Consejo de Seguridad, esta propuesta habría ascendido a un estricto régimen jurisdiccional basado en el consentimiento recíproco de Estados. Como era de esperar, la propuesta canadiense provocó cierto descontento entre los partidarios de la “Propuesta ABS” y obligó a que los dos “bandos” entraran en negociaciones directas.

d) Acto tercero: Salvando la brecha

En la tarde del miércoles 9 de junio de 2010, aquellos negociadores desembocaron en una declaración conjunta que recibió el nombre de *Non-paper ABCS*, aunque algunas otras delegaciones interesadas también tomaron parte en su realización⁹⁰. El *Non-paper ABCS* partió del ahora firmemente acuerdo de que en el caso de una remisión del Consejo de Seguridad, la Corte ejercería competencia sin más requisitos adicionales. El *Non-paper ABCS* se centró

⁸⁸ Vid. el proyecto de arts. 15 bis y 15 ter en RC/WGCA/1/Rev.2, 7.6.2010.

⁸⁹ Documento oficioso presentado por la delegación de Canadá el 8 de junio de 2010. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. Documentos Oficiales, Apéndice V, p. 77 (http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-SPA.pdf).

⁹⁰ Declaration (Draft of 9 June 2010 16 hs). La propuesta, en posesión de los autores, no se ha distribuido como documento oficial del grupo de trabajo.

exclusivamente en el régimen jurisdiccional para los dos factores de activación. Puesto que esta declaración pavimentó el camino hacia un compromiso final, merece ser reproducida literalmente:

Artículo 15 bis

(Remisión por un Estado, *proprio motu*)

Ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión

4 *bis*. La Corte podrá ejercer su competencia sobre un crimen de agresión cometido por un nacional de un Estado parte o en su territorio de acuerdo con el art. 12 a menos que el Estado parte haya presentado una declaración de no aceptación de la competencia de la Corte según el párr. 4º de este artículo.

4 *ter*. Tal declaración podrá ser presentada a la Secretaría General de Naciones Unidas en cualquier fecha antes del 31 de diciembre de 2015 o, en el caso de que la ratificación o adhesión al Estatuto de cómo sea posterior a esa fecha, en el momento de la ratificación o adhesión. Esta declaración podrá ser retirada en cualquier momento, en cuyo caso, la Corte, con sujeción a las disposiciones del párr. 1º, podrá ejercer su competencia respecto del Estado en cuestión.

4 *cor*. Respecto de un Estado no parte en este Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión según lo dispuesto en este artículo cuando sea cometido por nacionales de ese Estado o en su territorio.

El *Non-paper ABCS* adoptó, así, la idea de someter el crimen de agresión a la aplicación del art. 12 del Estatuto pero añadió dos importantes advertencias. Primera, todo Estado parte tiene derecho a retirarse y, segundo, la Corte no ejercerá su competencia sobre crímenes de agresión cometidos por nacionales de Estados no parte o en el territorio de esos Estados. El compromiso consistió en tomar del “modelo del art. 121 (4)” el punto de partida de aplicar el art. 12, Estatuto pero “suavizando” considerablemente las consecuencias de este modelo a través del reconocimiento de la ausencia del consentimiento del Estado. Este sistema fue completado con una “cláusula de activación” para el ejercicio de competencia de la Corte. Mientras que la primera frase del art. 121 (5) fue tomada como punto de referencia para la entrada en vigor, el proyecto de art. 15 bis (1) puso una condición adicional para el ejercicio de la competencia, requiriendo que deberían haber pasado cinco años “después de la entrada en vigor de este artículo para todo Estado parte”. El *Non Paper ABCS* recibió pronto un amplio apoyo. De hecho, su impacto sobre las dinámicas en los dos días últimos de la conferencia fue fundamental ya que preparó el terreno para un acuerdo entre los Estados partes. Sin embargo, Francia y Reino Unido fueron convencidos para unirse a este consenso porque el *Non-paper ABCS*, adoptando la “Alternativa 2”, rechazó —como era de esperar— la idea de un monopolio del Consejo de Seguridad. De hecho, aquellos dos Estados y los tres miembros permanentes del Consejo de Seguridad que no son Partes en el Estatuto mostraron sin reparo su apoyo a la Propuesta *Non-paper ABCS*.

e) *Entreacto: involucrando a los Estados Unidos*

Casi en paralelo a las negociaciones que resultaron del *Non-paper ABCS*, se realizaron algunas consultas acerca de diferentes materias. En el acto de apertura, el 4 de junio de 2010, el jefe de la delegación de EE.UU. y su asesor legal del Departamento de Estado expresaron su disconformidad con la definición sustantiva del crimen de agresión propuesta en el art. 8 bis⁹¹. Asimismo, EE.UU. identificó dos riesgos importantes: por un lado, la criminalización del uso legítimo de la fuerza y, por otro, la emancipación de estas propuestas sobre el crimen de agresión del Derecho Internacional consuetudinario. No obstante, es importante resaltar que EE.UU. no insistió en modificar el tenor literal del art. 8° bis propuesto, sino que simplemente se refirió a la posibilidad de canalizar estos dos puntos a través de los llamados “entendimientos” (*understandings*) que acompañan a esta norma. El 7 de junio de 2010 la delegación americana revisó estas cuestiones e introdujo formalmente una larga lista de posibles entendimientos sobre el art. 8 bis⁹². Con respecto al sólido consenso logrado sobre el art. 8° bis propuesto en las últimas horas de las negociaciones, la gran mayoría de las delegaciones se mostraron contrarias a comenzar una nueva discusión sobre las propuestas de EEUU. Pese a ello, subsistía el sentimiento de que no era aconsejable no comprometerse con la delegación estadounidense, que había venido a Kampala con un espíritu abierto y constructivo. Por ello, a la delegación alemana se le encomendó la labor de actuar como punto de referencia en relación con los entendimientos propuestos y de posibilitar acuerdos al respecto⁹³.

Tras numerosas consultas bilaterales y regionales entre el 8 y el 9 de junio, quedó claro que no existía la más remota posibilidad de acuerdo entre las propuestas que abogaban por la emancipación del art. 8° bis del Derecho Internacional consuetudinario, y aquellas otras que pretendían excluir de la definición del tipo penal de agresión algunos supuestos de uso de la fuerza estatal. No obstante, el hecho de que no se discutiese en profundidad sobre la exclusión del tipo penal de ciertos supuestos de uso estatal de la fuerza no significa que hubiese necesariamente un desacuerdo de fondo con EEUU. La propuesta estadounidense más delicada pretendía excluir de forma expresa las intervenciones humanitarias armadas del ámbito del art. 8° bis. En relación con esto, la cuestión principal fue si era o no adecuado pronunciarse sobre

⁹¹ Véase texto completo de la declaración de HAROLD HONGJU KOH, en línea <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/142665.htm> (última consulta realizada el 22 de febrero de 2010).

⁹² Documento sin título presentado por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión (siglas en inglés, WGCA) por William K. Lietzau, asistente adjunto al Secretario de Defensa (sección de *Detainee Policy*); el documento se encuentra en posesión de los autores.

⁹³ El primero de los autores de este artículo actuó en representación de la delegación alemana y la segunda autora de este escrito actuó como su asistente.

aspectos esenciales del derecho de la seguridad internacional vigente mediante la proposición apresurada de entendimientos en las últimas horas de la Conferencia diplomática. Por esta razón, la delegación alemana decidió buscar una “aproximación minimalista” y alcanzar el consenso sobre dos propuestas más generales que parecían ser más importantes para la delegación de EE.UU.

El 9 de junio de 2010 la discusión se centró en dos entendimientos propuestos por EE.UU., que fueron agrupados para ser tratados en una única ronda, y que se transcriben a continuación:

1. Entendimiento X

Se entiende que para determinar si se ha cometido un acto de agresión, es preciso considerar todas las circunstancias en el caso en concreto, incluyendo el propósito para el cual se utilizó la fuerza y la gravedad de los actos correspondientes y sus consecuencias; únicamente las violaciones más serias y peligrosas del uso ilegítimo de la fuerza constituyen agresión.

2. Entendimiento Y

Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos sobre carácter, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente de forma independiente para justificar una determinación de violación “manifiesta”.⁹⁴

Ambas propuestas fueron bien acogidas, pero generaron debate en relación a su formulación. Con respecto al entendimiento X, la delegación iraní sugirió que la terminología debía adecuarse a aquella utilizada en el art. 2º del anexo de la Res. 3314. La delegación estadounidense mostró su conformidad y de ahí resultó el sexto entendimiento habido y contenido en la resolución finalmente adoptada, que reza lo siguiente:

Se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁹⁵.

El entendimiento Y fue reformulado a petición de la delegación canadiense. Canadá se cuestionó la concepción del uso estatal de la fuerza armada, cuando en relación con los tres componentes uno de ellos fuese casi manifiestamente ilegal, aunque con respecto a los otros dos componentes el uso de la fuerza fuese indubitablemente manifiestamente ilegal. Canadá consideraba que dicho uso de la fuerza armada debía contener también el umbral al que se refería el art. 8.1 bis propuesto y que, sin embargo, no estaba reflejo en el entendimiento Y. En opinión de Canadá, en esos casos, la Corte debía tener en cuenta el hecho de que uno de los componentes estuviese prácticamente satis-

⁹⁴ *Non-Paper on possible further understandings (Annex III of the Conference Room Paper)*. El *non-paper*, que se encuentra en las actas de los autores, no ha sido puesto en circulación como documento oficial de trabajo.

⁹⁵ RC/Res.6, *supra* nota 82, Anexo III. *sub* 6.

fecho, sugiriendo que la combinación de los tres componentes era relevante, por lo que Canadá propuso que entendimiento Y estuviese redactado como se dispone a continuación:

2. Entendimiento Y

Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos sobre características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación “manifiesta”.

EE.UU. estuvo de acuerdo con esta redacción, añadiendo la siguiente frase:

Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.

La idea que subyace a este enunciado es la de excluir que se pueda producir la determinación de la violación manifiesta en casos en los que uno de los componentes esté más presente que los demás, estando los otros dos componentes ausentes en el caso. Por ello, se pensó que el uso de la conjunción copulativa “y” en la formulación del umbral contenido en el art. 8.1 bis impedía la determinación de una violación manifiesta en ese tipo de casos.

La reformulación del entendimiento Y con sus dos frases consecutivas tal y como fue propuesto por Canadá, y sin la oposición de EE.UU., se convirtió en el séptimo entendimiento que finalmente fue adoptado en la Conferencia de Revisión⁹⁶.

Es necesario resaltar que esta segunda frase del entendimiento 7 —relativa a que “ninguno de los elementos puede bastar por sí solo”— no debe entenderse como que la Corte debe hacer la determinación de la “violación manifiesta” siempre que estén presentes dos de los componentes. Por el contrario, la primera frase del séptimo entendimiento deja claro que la Corte debe contemplar la concurrencia de los tres componentes, aunque no es necesario que todos estén presentes en el mismo grado⁹⁷.

Nuestra posición con respecto a este séptimo entendimiento es que éste puede ser útil para llamar la atención de los magistrados en relación con los criterios de “gravedad” y “escala”, de manera que éstos puedan concretarse en mayor o menor medida. En realidad, el problema surge en relación con el elemento referido a las “características”, previsto para solventar el problema de la “zona gris”. Los magistrados siempre tendrán que establecer qué se entiende por uso de la fuerza armada con ciertas “características” que constituya una violación manifiesta de forma razonablemente incontrovertida. La segunda frase del entendimiento no supone ningún obstáculo para dicha interpretación, *quod erat demonstrandum*.

⁹⁶ RC/Res.6, *supra* nota 82, Annex III. *sub* 7.

⁹⁷ Este aspecto no fue apreciado en su totalidad ni por HEINSCH, R., ‘The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?’ 2 *Göttingen Journal of International Law*, 2010, ps. 713/743, en ps. 728/729, ni por SCHEFFER, *supra* nota 47, p. 900.

Todavía es prematuro hacer un juicio firme acerca de si la incorporación de los dos entendimientos sobre el art. 8 bis facilitará o no la labor de los magistrados. No obstante, puede afirmarse que la finalización del debate sobre la iniciativa de EE.UU. coincidió con el *Non-paper ABCS*, que salvó una de las dos cuestiones abiertas en las negociaciones y contribuyó a allanar el camino que condujo al acuerdo final.

f) *El final: drama de una noche de verano en el Lago Victoria*

En las últimas horas del 10 de junio de 2010, el Embajador Wenaweser⁹⁸ presentó un *non paper* que reflejaba en esencia lo expuesto en el *Non-paper ABCS*⁹⁹. En un intento de complacer a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, esta propuesta enfatizó la idea de una moratoria extraordinaria para activar la jurisdicción de la CPI a través de la introducción de un requisito adicional de 30 ratificaciones o aceptaciones a las enmiendas¹⁰⁰. Resulta interesante que el documento que permitía esa resolución sostenía al mismo tiempo que las enmiendas entrarían en vigor de acuerdo con el art. 121.5 del Estatuto¹⁰¹. Finalmente y de forma crucial el *non-paper* no se había enfrentado aun con el extremo más espinoso de la cuestión, a saber: ¿qué ocurriría si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no emitía una resolución sobre un acto de agresión después de que un Estado parte le remitiese el asunto al Fiscal de la CPI para que abriese una investigación, o éste de oficio decidiera iniciar una investigación?

A mediodía del último día de la Conferencia el Presidente hizo público el *non paper* que zanjó inevitablemente la cuestión. Llegado ese momento ya había quedado suficientemente claro que la retención del monopolio del Consejo de Seguridad no tenía la menor posibilidad de alcanzar el consenso, ni siquiera por los dos tercios de la mayoría. La única forma realista de alcanzar un consenso era abandonar esa idea y hacer lo que hizo el *non paper* presentado por el presidente a las 16:30 hs. del 11 de junio de 2010. Se desconocía cuál iba a ser la reacción de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, en particular la reacción de Francia y Reino Unido. Teniendo en cuenta que el *non*

⁹⁸ Una vez terminada su tarea, el WGCA remitió los temas pendientes al presidente de la Conferencia. El Informe del WGCA se encuentra en RC/20 (advance version of 28 June 2010) http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-20-ENG-Annex.II.WGCA.report.pdf (visited 5 October 2010).

⁹⁹ *Non-Paper del Presidente de la Asamblea, de 10 de junio de 2010, a las 23 h.* El documento *non paper* en posesión de los autores pero éste no ha circulado como documento oficial de la Conferencia. El anterior *Non-Paper del Presidente de la Asamblea, de 10 de junio de 2010, 12h* (en posesión de los autores) había tomado en esencia lo dispuesto en el '*Non-Paper ABCS*', aunque con margen de mejoras en la redacción.

¹⁰⁰ Borrador de los art. 15 bis (1) bis y art. 15 ter (2) previsto en el documento *non paper* de 6 de junio de 2010, a las 23 h; supra nota 99.

¹⁰¹ *Ibid.* op. para. 1 de la resolución.

paper dejaba abierto un artículo para la formulación de alguna otra condición para activar la jurisdicción de la CPI, se asumió que la última concesión a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad reforzaría los obstáculos para adoptar las enmiendas, haciendo que, a partir de ese momento, las negociaciones posteriores se concentrasen en ese punto.

Poco antes de medianoche llegó el momento de la decisión. El Presidente presentó su propuesta de compromiso final, que contenía la condición adicional de “adoptar una decisión con posterioridad al 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes, tal y como se requería en la enmienda de adopción del Estatuto”. El texto completo de la propuesta de resolución y de las dos propuestas en relación con las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI era (y es) la siguiente:

El crimen de agresión

La Conferencia de Revisión,

Recordando el párr. 1º del art. 12 del Estatuto de Roma,

Recordando el párr. 2º del art. 5º del Estatuto de Roma,

Recordando también el párr. 7º de la resolución F aprobada el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional,

Recordando asimismo la Res. ICC-ASP/1/Res. 1 sobre la continuación del trabajo relativo al crimen de agresión y expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión por haber elaborado propuestas sobre una disposición relativa al crimen de agresión,

Tomando nota de la Res. ICC-ASP/8/Res. 6, mediante la cual la Asamblea de los Estados partes remitió propuestas a la Conferencia de Revisión sobre una disposición relativa al crimen de agresión para su examen,

Resuelta a activar la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a la mayor brevedad posible,

1. Decide aprobar, de conformidad con el párr. 2º del art. 5º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante el “Estatuto”), las enmiendas del Estatuto que figuran en el anexo I de la presente resolución, que estarán sujetas a ratificación o aceptación y entrarán en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párr. 5º del art. 121 del Estatuto; y señala que cualquier Estado parte podrá depositar una declaración como establece el art. 15 bis antes de la ratificación o aceptación;

2. Decide además aprobar las enmiendas a los Elementos de los Crímenes que figuran en el anexo II de la presente resolución;

3. Decide además aprobar los entendimientos respecto de la interpretación de las enmiendas mencionadas, contenidos en el anexo III de la presente resolución;

4. Decide asimismo revisar las enmiendas relativas al crimen de agresión siete años después del inicio del ejercicio de la competencia de la Corte;

5. Exhorta a todos los Estados partes a que ratifiquen o acepten las enmiendas contenidas en el anexo I.

Artículo 15 bis

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión

(Remisión por un Estado, proprio motu)

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del art. 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La Corte podrá, de conformidad con el art. 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y el Estado parte dispondrá de un plazo de tres años para tomarla en consideración.

5. Respecto de un Estado no parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.

6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el art. 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el art. 16.

9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

10. El presente artículo se entenderá, sin perjuicio de las disposiciones correspondientes, al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5°.

Artículo 15 ter

*Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión
(Remisión por el Consejo de Seguridad)*

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apart. b) del art. 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1° de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el art. 5°.

La reunión en el plenario fue una vez más suspendida para permitir que las delegaciones pudiesen efectuar consultas finales. Posteriormente, el presidente volvió a la sala y una vez allí, preguntó sin vacilar si podía considerar aquella propuesta como definitiva y someterla al consenso de la sala. El lector de este escrito conoce el desenlace de esta historia. Las grandes tribunas de la Conferencia de Kampala con sus espléndidas vistas al Lago Victoria se convirtieron en un lugar donde los delegados de la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional celebraron un logro histórico.

*IV. EL COMPROMISO DE KAMPALA: LA MODESTIA PERMITE
UN GRAN PASO ADELANTE*

Como cuestión de política legal internacional, la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto fue altamente controvertida, y sus detractores manifestaron sus posturas durante el proceso de negociación¹⁰², aunque no es este el lugar apropiado para continuar este debate¹⁰³. Por el contrario, las observaciones

¹⁰² Véanse las sugestivas contribuciones de PAULUS y GLENNON, *supra* nota 30.

¹⁰³ Sobre un reciente intercambio de opiniones, véase el debate entre PAULUS, A., 'Second Thoughts on the Crime of Aggression', 20 *EJIL*, 2009, 1117-1128, y KRESS, *supra* nota 30, ps. 1129/1146.

siguientes pretenden hacer una valoración inicial de los elementos esenciales del compromiso de Kampala.

a) *La definición del crimen*

Si el punto de referencia para evaluar la definición del crimen es que haya alcanzado “los mejores niveles de codificación”¹⁰⁴, el proyecto de art. 8° bis del Estatuto¹⁰⁵ puede a duras penas pasar ese test: la referencia al art. 3 del anexo de la Res. 3314 resulta problemática, y la esencia del uso delictivo de la fuerza por parte de un Estado habría sido probablemente mejor expresado si se hubiese previsto una intención colectiva (*collective intent*)¹⁰⁶. Sin embargo, dicha previsión para la definición del crimen de agresión habría estado cerca de arruinar cualquier intento de definir el crimen de agresión. Si se escoge un criterio más realista, se podría reconocer cuánto se habría conseguido. Una definición restringida del crimen está en línea con la aproximación general de los codificadores del Estatuto de limitar la jurisdicción de la Corte a crímenes que requieran una intervención jurídica colectiva. Merece especial consideración el requisito de la «violación manifiesta» que proviene de la lamentable indeterminación y ambigüedad de la norma primaria que prohíbe el uso de la fuerza. Los magistrados de la CPI pueden asegurar que la Corte no se vea saturada con grandes controversias contemporáneas sobre el mantenimiento de la Paz y la Seguridad, sometidas a discusión por la puerta de atrás de la Justicia penal internacional. No obstante, existe cierto espacio para que los magistrados concreten la definición del crimen, especialmente en relación con el requisito de la ilegalidad manifiesta. Es un importante reto para el futuro explorar hasta qué punto el Derecho Internacional consuetudinario puede ser de utilidad para favorecer la aclaración del contenido de la norma. En todo caso, los líderes estatales saben que, a partir de 2017, pueden incurrir en responsabilidad penal toda vez que decidan iniciar un uso de la fuerza masivo siempre que la ilegalidad de dicho uso resulte razonablemente incontrovertida. El resultado de la negociación podría haber sido mucho peor.

¹⁰⁴ MERON, *supra* nota 30, p. 3.

¹⁰⁵ RC/RES.6, *supra* nota 82, anexo I *sub* 2; como hemos visto *supra* 3.C.1., el proyecto de art. 8° *bis* debe ser leído en conjunción con el proyecto de art. 25(3) *bis* del Estatuto (*ibid.*, Anexo I *sub* 5). Adicionalmente, el proyecto de art. 8° *bis* es acompañado por el proyecto de Elementos (*ibid.*, Anexo II, y *supra* 3 D) y proyecto de Entendimientos 6 y 7 (*ibid.*, Anexo III, *sub* 6, y 7., y *supra* 4 E).

¹⁰⁶ Para una exposición más detallada de esta crítica, véase, KRESS, *supra* nota 30, ps. 1136/ 1142.

b) *El ejercicio de la jurisdicción*

i) El pilar basado en el Consejo de Seguridad

La facultad del Consejo de Seguridad de remitir a la CPI una situación en la que parezca se ha cometido un crimen de agresión ha sido siempre una cuestión incontrovertida y así se reconoció en el art. 15 ter del Estatuto. De forma interesante, esta norma no requiere que el Consejo de Seguridad determine la existencia de un acto de agresión, por lo que el Consejo de Seguridad puede querer comenzar una investigación sin haber efectuado la declaración prevista en el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁷. El modo en que esto puede afectar a la praxis del Consejo de Seguridad en relación con el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas y el art. 13 (b) del Estatuto es una interesante cuestión que pertenece al futuro desarrollo del derecho de la seguridad internacional. En cualquier caso, es fundamental que el ejercicio de la jurisdicción de la CPI basada en el Consejo de Seguridad no esté condicionado a la adhesión de los Estados a los compromisos de Kampala¹⁰⁸. No obstante, debe mencionarse que incluso los Estados que se adhiriendo al “modelo del art. 121(5) con un “entendimiento negativo (*Negative Understanding*)” se mostraron de acuerdo con que el Consejo de Seguridad active la aplicación de la jurisdicción universal de la CPI sobre el crimen de agresión¹⁰⁹.

ii) El pilar basado (en forma relativa) en el consentimiento

La parte más compleja de las negociaciones fue, indubitadamente, la cuestión de si debía o no existir un monopolio del Consejo de Seguridad en los enjuiciamientos sobre el crimen de agresión. La respuesta del proyecto de art. 15 bis del Estatuto —relativo al inicio de una investigación por la remisión de una situación por un Estado parte y *propio motu*— es negativa y establece el único filtro judicial a través de la Sala de Cuestiones Preliminares. De ese

¹⁰⁷ Otras opciones diferentes fueron barajadas antes de la Conferencia de Kampala, especialmente por SCHEFFER, D., “A Pragmatic Approach to the Crime of Aggression”, in BELLELI, *supra* nota 25, ps. 609/619.

¹⁰⁸ Esto es explícito en el segundo entendimiento; RC/Res.6, *supra* nota 82, Anexo III sub 2. El ejercicio de la competencia jurisdiccional por la CPI está sin embargo condicionado a la ratificación o aceptación de la competencia de al menos 30 Estados partes y la decisión de activación debe ser después del 1 de enero de 2017. Véase proyecto art. 15 ter (2) y (3) Estatuto. Se plantea el interrogante del ejercicio de la jurisdicción en caso de crimen de agresión cometido después de transcurrido 1 año tras la ratificación o aceptación de terceros Estados partes antes de la decisión de activación por los Estados parte (si ésta última se realiza con posterioridad). Mientras que el proyecto art. 15 bis (2) y (3) Estatuto deben dejar abierta la posibilidad a que la CPI ejerza su jurisdicción sobre ese crimen, el primer entendimiento (RC/Res.6, *supra* note 82, Annex III sub 1.) estipula otra cosa; la relevancia práctica de este extremo es limitada y no nos detendremos más sobre ello en este artículo.

¹⁰⁹ Ello apunta claramente a la existencia de práctica ulterior uniforme acerca de la interpretación de la segunda frase contenida en el art. 121.5 del Estatuto en el sentido de ser inaplicable a supuestos de remisión por parte del Consejo de Seguridad.

modo, la Sala de Cuestiones Preliminares deberá en todo caso autorizar el inicio de una investigación¹¹⁰ en estos casos. Ello constituye la mejor garantía en relación con la aspiración del Estatuto de aplicar por igual el Derecho Penal Internacional. No obstante, la insistencia sobre el monopolio del Consejo de Seguridad estaba ciertamente presente, de modo que no sorprendió que se tuviera que pagar un precio muy alto para poder superar dicha idea. En parte esta es la razón por la que el proyecto de art. 15 bis del Estatuto reviste cierta complejidad. Dicha complejidad se debe fundamentalmente a la ambigüedad del art. 5.º.2 del Estatuto, junto con el art. 121 del Estatuto y las controversias que resultan de la ambigüedad de las negociaciones¹¹¹. Por otra parte, la delegación japonesa lamentó durante la adopción del compromiso de Kampala que el proyecto de art. 15 bis del Estatuto estuviese basado en fundamentos legales tan discutibles¹¹². Esta compleja cuestión merece un tratamiento más exhaustivo y por ello sería excesivamente atrevido intentar dar una respuesta completa a esta cuestión en este escrito. No obstante, intentaremos modestamente arrojar algo de luz sobre esta cuestión. Lo ideal sería que estas reflexiones contribuyesen a la realización de un debate constructivo acerca del elemento más delicado del compromiso de Kampala.

La primera frase del borrador del art. 15.4 bis del Estatuto prevé la aplicación del art. 12 del Estatuto al crimen de agresión. Sin embargo, dicha aplicación está sujeta a que el acto de agresión haya sido cometido por un Estado parte que no haya declarado previamente que no acepta la jurisdicción de la CPI. Lo anterior significa, en primer lugar, que la Corte no podrá conocer de ningún acto de agresión que haya sido cometido por un Estado no parte. Dicha restricción convierte al apart. 5º del borrador de art. 15 bis del Estatuto en parcialmente redundante. Este quinto apartado lo único que agrega al apartado anterior es la restricción adicional de que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción en los casos en los que el supuesto crimen de agresión provenga de un acto de agresión de un Estado parte que haya ratificado las enmiendas sobre agresión contra un Estado no parte, aún cuando no haya hecho una declaración de exclusión de la competencia (*opt-out*)¹¹³.

El borrador del art. 15.4 bis Estatuto restringe la aplicación del art. 12 Estatuto al establecer que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre un cri-

¹¹⁰ Proyecto de art. 15 bis (8) Estatuto de Roma. Sobre la sección de cuestiones preliminares, ver arts. 34(b), 39(1) Estatuto de Roma.

¹¹¹ *Supra sub* 3.C.3.

¹¹² Intervención de Japón (11 June 2010); actas en posesión de los autores.

¹¹³ Esta restricción adicional no puede ser salvada por una aceptación *ad hoc* según el Art. 12 (3) del Estatuto por parte del presunto Estado no parte víctima. El proyecto de art. 15 bis (5) del Estatuto constituye una *lex specialis* en relación con el art. 12 (3) del Estatuto y evita que un Estado no parte obtenga del nuevo régimen del Estatuto contra el crimen de agresión un beneficio asimétrico. Dudoso sobre este aspecto, Ver REISINGER CORACINI, 'The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction over the crime of aggression - at last... in reach... over some', 2 *Göttingen Journal of International Law*, 2010, ps. 745/781, ps. 780/781.

men de agresión que provenga de un Estado parte que haya optado previamente por excluir la competencia jurisdiccional de la CPI (*opt-out*). Esta segunda restricción no significa, sin embargo, que la Corte solo pueda ejercer su jurisdicción sobre un crimen de agresión que provenga de un acto de agresión de un Estado parte cuando éste haya ratificado o aceptado las enmiendas sobre agresión¹¹⁴. La formulación del art. 15.4 bis del Estatuto no establece dicha restricción, y por ello dicha restricción no se compadece con la finalidad y el origen de dicha norma¹¹⁵. La idea de una declaración de exclusión de la jurisdicción de la Corte surgió precisamente en aras de salvar las distancias entre aquellos Estados que abogaban por aplicar el régimen jurisdiccional consagrado en el art. 12.2 del Estatuto sin modificaciones (propuesta ABS) y aquellos otros que preferían un régimen basado en el consentimiento (propuesta canadiense). Para no exigir la ratificación del Estado Parte, presunto autor de la agresión, pero permitir la opción de la exclusión de la jurisdicción, se estableció el “régimen de consentimiento suavizado” situado entre los dos polos, que proporcionó una base razonable para alcanzar un compromiso.

Sin embargo, cabe preguntarse si la exigencia de que el presunto Estado agresor haya ratificado las enmiendas sobre agresión proviene de la afirmación del primer párrafo operativo de la resolución, que establece que las enmiendas de agresión “entraran en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párr. 5º del art. 121” del Estatuto. Esta referencia puede interpretarse como si la segunda frase de esta última norma estuviese incluida, y entendida en sentido negativo, requeriría efectivamente la ratificación del presunto Estado agresor. Si este fuese el efecto legal de dicha referencia, el mecanismo de la exclusión perdería su capacidad para construir un compromiso. Además el extremo más importante en relación con el art. 15.4 bis del Estatuto es que, precisamente, la CPI ejercerá su jurisdicción sobre el crimen de agresión “de acuerdo con el art. 12”. Sin embargo, este principio se vería totalmente soterrado si se requiriese que el presunto Estado agresor haya ratificado las enmiendas sobre agresión en todas las circunstancias. En ese caso, sería muy difícil negar la existencia de una flagrante contradicción entre el art. 15.4 del Estatuto y el primer párrafo operativo de la resolución. Dicha contradicción puede, no obstante, salvarse si se entiende que la resolución, cuando se refiere al art. 121.5 del Estatuto, alude exclusivamente a la entrada en vigor y sólo a ello se refiere la primera frase del párrafo¹¹⁶. Por ello resulta perfectamente posible y ciertamente preferible sostener que la resolución y el art. 15.4 propuesto del Estatuto son compatibles, tal y como se concibió durante las negociaciones.

¹¹⁴ CLARK, *supra* nota 45, p. 704.

¹¹⁵ *Supra sub* 4.D.

¹¹⁶ Si la segunda frase se entiende en modo negativo, ello no tendrá que ver con la entrada en vigor pero sí poseerá efectos acerca del ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

Queda pendiente de precisión la cuestión relativa a la aplicación del art. 12.2 del Estatuto en casos de agresión cuando el acto de agresión haya sido cometido por un Estado parte que no haya declarado previamente que no acepta competencia de la Corte. Es, precisamente, en este punto del análisis cuando el primer párrafo operativo de la resolución entra en consideración, junto con la afirmación de que las enmiendas sobre agresión deben entrar en vigor conforme al art. 121.5 del Estatuto. La primera frase de esta disposición determina que las enmiendas “entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación”. La “entrada en vigor de las enmiendas para un Estado parte” significa que a partir de ese momento ese Estado es capaz de proporcionar a la Corte dos de los puntos de conexión para el ejercicio de la jurisdicción mencionados en el art. 12.2 Estatuto. De ello se deriva lo siguiente: si el presunto Estado agresor es Parte del Estatuto y ha ratificado las enmiendas sobre agresión de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12.2 b), la ratificación del presunto Estado Parte-víctima resulta irrelevante. Si el Estado parte presunto agresor no ha ratificado las enmiendas sobre agresión, entonces la ratificación del Estado Parte-víctima resultará necesaria¹¹⁷.

Se podría hacer referencia a este modelo jurisdiccional como “basado en un consentimiento suavizado (*softly consent-based pillar*)” para diferenciarlo del modelo de consentimiento estricto (*strictly consent-based*) del art. 121.5 que incorpora un entendimiento negativo. La pregunta crucial de la delegación japonesa fue exactamente si este último modelo tiene fundamento legal o no. Es cierto que el art. 15.4 del Estatuto no se corresponde con ninguno de los dos modelos mencionados¹¹⁸, aunque eso también es argumentable respecto del “art. 121.5 Estatuto con un entendimiento positivo”. Resulta evidente que los Estados partes no quisieron acordar una interpretación en sentido positivo de la segunda frase del art. 121.5 del Estatuto a través del compromiso de Kampala, puesto que el segundo párrafo del preámbulo a las “enmiendas al art. 8 del Estatuto de Roma” no prevé una interpretación en sentido positivo¹¹⁹. No ha habido acuerdo en torno a esta última interpretación sobre el crimen de agresión, porque al margen del modelo del art. 121.5 que consagra una interpretación en sentido positivo, todos los crímenes de agresión cometidos por o contra Estados no partes están excluidos de la jurisdicción de la Corte tal y como se deduce de la lectura de los aparts. 4º y 5º del art. 15 bis del Estatuto.

¹¹⁷ Podría argumentarse que el Estado parte víctima también podría brindar a la Corte el vínculo jurisdiccional a través de una aceptación *ad hoc* conforme el art. 12.3, Estatuto. Al respecto, véase REISINGER CORACINI, *supra* nota 113, ps. 775/776.

¹¹⁸ *Supra* 3.C.3.

¹¹⁹ Resolution RC/Res.5, adoptada por consenso en la 12ª sesión plenaria, el 10 de junio de 2010. Versión http://www.iccpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-ENG.pdf (última visita el 22 de febrero de 2011). Nótese que el propio párrafo del Preámbulo expresa que desde un entendimiento conjunto no habrá discriminación entre Estados partes no aceptantes y Estados no partes; cfr. *supra* nota 68.

Por ello Japón tiene razón cuando sostiene que el régimen jurisdiccional esbozado en el art. 15 bis del Estatuto no refleja ni el párr. 4° ni el párr. 5° del art. 121 del Estatuto, constituyendo así una solución *sui generis*. Posiblemente puede afirmarse que el pilar basado en el consenso relativo (*'softly consent-based pillar'*) del compromiso de Kampala toma la "adopción" y el modelo del art. 121.4 como punto de partida, y luego cualifica la entrada en vigor a través del mecanismo referido en el art. 121.5 Estatuto y las condiciones *sui generis* de gran alcance para el ejercicio de la jurisdicción.

La cuestión decisiva es si los Estados partes tenían, legalmente, la capacidad de ser tan creativos como fueron sin acudir al engorroso procedimiento previsto en el art. 121.4 del Estatuto. A nuestro juicio, dicha capacidad existió, y fue la consecuencia de la ambigüedad del marco legal en el que debieron moverse los Estados. Con independencia de cuál sea o fuese la preferencia de los Estados, la honestidad requiere reconocer que, de hecho, no hay un modelo que explique satisfactoriamente la interacción entre los arts. 5.2 y 121 del Estatuto. Teniendo en cuenta el enigmático contenido legal del art. 121 del Estatuto, que dota de amplio poder de "establecer las condiciones para que la Corte ejerza su jurisdicción con respecto a este crimen", el art. 5.2 del Estatuto debe ser interpretado como una autorización a los Estados partes para concebir el régimen *sui generis*, establecido en el art. 15.4 bis del Estatuto. Esta base legal quizás no sea tan sólida, pero desde luego es la más sólida que permitieron las circunstancias. Desde una perspectiva ideal, y coincidiendo con la llamada de atención hecha por Japón en esta misma dirección, los Estados deberían establecer un mismo criterio interpretativo en torno al art. 15.4 bis del Estatuto. No obstante, si ello no ocurre no debe temerse dejar la cuestión en manos de una interpretación judicial que aclare este extremo, si ello fuese necesario.

La jurisdicción de la Corte Penal internacional conforme al pilar de consenso relativo alcanzará a pocos casos en los que deberán satisfacerse las grandes expectativas sobre la aplicación imparcial del crimen de agresión en todos los contextos. La restricción más significativa del ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre este crimen está constituida, sin lugar a dudas, por la exclusión categórica del crimen de agresión que derive de actos de agresión de un Estado no parte en el Estatuto. Desde un punto de vista estrictamente legal, esta decisión no era necesaria, y desde una perspectiva de política criminal esta opción es ciertamente deplorable. No obstante, durante todo este proceso ha habido numerosas reticencias en relación con el crimen de agresión y su tratamiento igualitario en relación con los demás crímenes de Derecho Internacional. Ante esas circunstancias tan particularmente difíciles, es muy importante resaltar que al final fue posible complementar el pilar jurisdiccional basado en el Consejo de Seguridad con uno basado en el consenso entre Estados. El hecho de que el principio de consenso haya sido suavizado a través del art. 12.2 del Estatuto junto con el mecanismo de la posible declaración de exclusión de la

jurisdicción, supera del todo punto las expectativas que razonablemente cabía tener con anterioridad a Kampala.

c) El crimen de agresión y el principio de complementariedad

Una cuestión que ha recibido mucha menor atención en comparación con lo anterior, ha sido la relativa al modo en que el principio de complementariedad del Estatuto va a ser aplicado ante un presunto crimen de agresión¹²⁰. Este extremo fue debatido durante el encuentro de Princeton en 2004 y la opinión dominante fue que los arts. 17 y ss. del Estatuto debían ser aplicados sin excepción¹²¹. El asunto fue tratado por la delegación estadounidense, quien expresó su preocupación acerca de que los “Estados parte incorporasen una definición —particularmente una de ellas es errónea— al derecho interno, que fomente la posibilidad de que, a través de principios expansivos de la jurisdicción, se persiga a autoridades oficiales por haber cometido actos de agresión en los tribunales de otros Estados”¹²². De hecho el quinto entendimiento del anexo III de la Resolución constituye una reacción implícita sobre este particular, disponiendo lo siguiente:

Se entiende que las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado¹²³.

En una primera impresión, este quinto entendimiento parece establecer lo obvio, dado que el Estatuto no fue diseñado para generar derechos y obligaciones para los Estados partes en relación con el derecho interno y la aplicación de su jurisdicción. La intención que subyace a este entendimiento es, sin embargo, más sutil. Por regla general la aspiración principal del principio de complementariedad del Estatuto es que los Estados partes garanticen el ejercicio de la jurisdicción sobre alguno de los crímenes del art. 5º del Estatuto a través de alguno de los puntos de conexión en materia de jurisdicción recogidos en el art. 12.2 a) y B) del Estatuto. El quinto entendimiento de la Resolución sugiere que esta cuestión no es aplicable al crimen de agresión, salvo en aquellos casos en los que el presunto crimen provenga de un acto de agresión cometido por el Estado en cuestión. Sobre la base de este entendimiento, los Estados no deben

¹²⁰ Sobre algunos análisis de la doctrina sobre esta cuestión, véase WRANGE, P., “The Crime of Aggression and Complementarity”, en BELLELLI, *supra* nota 25, ps. 591/607.

¹²¹ BARRIGA, DANSPECKGRUBER y WENAWESER, *supra* nota 28, ps. 201/202 (arts. 20-27).

¹²² Véase la intervención de los Estados Unidos del 4 de junio, *supra* nota 91, “*The definition does little to limit the risk that State Parties will incorporate a definition—particularly one we believe is flawed—into their domestic law, encouraging the possibility that under expansive principles of jurisdiction, government officials will be prosecuted for alleged aggression in the courts of another state*”.

¹²³ Véase RC RC/Res.6, *supra* nota 82, Annex III sub 5, en http://www.icc-cpi.int/icc-docs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf.

sentirse alentados a ejercer la jurisdicción nacional más allá de los supuestos en los que entre en consideración el principio de nacionalidad activa sobre el crimen de agresión en cuestión. En cualquier caso, va a resultar muy interesante observar si este entendimiento va a tener un efecto disuasorio con respecto al derecho interno.

V. MIRANDO AL FUTURO

Obviamente, el compromiso de Kampala no contenta a todos. Quizás resulte adecuado afirmar que no contenta por entero a nadie. Sin embargo, tras casi un siglo de debates intensos, los Estados partes en el Estatuto han decidido preparar la base legal para que la CPI ejerza su jurisdicción ante el crimen de agresión y lo han hecho a través del consenso. Los errores y complejidades del compromiso adoptado, constituyen un hito en el desarrollo del Derecho Penal Internacional. Los Estados partes y las ONGs que apoyan a la Corte Penal Internacional deben, a partir de ahora, apoyar con firmeza el compromiso y no suscitar la menor duda en relación con dicho compromiso hasta poner en marcha la jurisdicción de la Corte a partir del 1 de julio de 2017. Hasta entonces, la CPI puede y debe prepararse para este nuevo reto. La Corte tendrá la oportunidad de demostrar que es capaz de ejercer la jurisdicción sobre el crimen de agresión de un modo tan poco politizado como con respecto al resto de los crímenes de su jurisdicción. Si ello se logra, no será irrazonable asumir que la opinión del mundo comience a esforzarse lentamente a favor de la expansión de la jurisdicción de la Corte penal internacional. La famosa promesa de Robert Jackson en Nüremberg a la que se aludía al principio de este escrito fue que:

*The ultimate step in avoiding periodic wars, which are inevitable in a system of international lawlessness, is to make statesmen responsible to law. And let me make clear that while this is first applied against German aggressors, the law includes, and if it is to serve a useful purpose it must condemn, aggression by other nations, including those which sit here now in judgment*¹²⁴.

“El último paso para evitar las guerras periódicas, inevitables en un sistema internacional anárquico, es que los hombres de Estado sean responsables ante la Ley. Déjenme aclarar, que mientras esto se aplicó por primera vez contra los agresores alemanes, el Derecho incluye —y si es para servir a buen propósito debe condenar— la agresión cometida por otras naciones, incluso aquellas que están presentes en este juicio”.

El eco de esta promesa continúa sonando. El compromiso de Kampala ha abierto la puerta para su cumplimiento final.

¹²⁴ *Supra* nota 10.

EL INDIVIDUO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL: LAS MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Por NATALIA M. LUTERSTEIN*

INTRODUCCIÓN¹

Con la adopción del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI” o “Corte”), la comunidad internacional festejó la inclusión de disposiciones que facultaban expresamente a las víctimas a participar en los procesos penales llevados adelante contra los presuntos responsables de los crímenes y a solicitar reparaciones por los daños sufridos. En efecto, la CPI es la primera jurisdicción penal que prevé un rol para las víctimas que va más allá de su participación como testigos de los procesos, tal como ocurre en el procedimiento ante los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

Sin embargo, el esquema previsto en el art. 68(3) del Estatuto de Roma y en las disposiciones reglamentarias presenta dificultades que surgen tanto del modo en que están formuladas las disposiciones legales, como de la puesta en práctica de las mismas. Las primeras decisiones de la Corte debieron precisar el alcance de este artículo, en tanto establece, de forma general, que la Corte tendrá en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas cuyos intereses personales se vieran afectados por el juicio. ¿Puede asimilarse dicha participación a los derechos de una parte querellante, tal como se prevé en sistemas

* Abogada (UBA) Magister en Derecho Internacional Público (The London School of Economics and Political Science). Docente de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asumiendo la plena responsabilidad por errores e imprecisiones, agradezco a Carolina Anello, Emiliano Buis, Patricia Llerena y Mariana Pena por sus sugerencias y comentarios a distintas versiones de este trabajo.

¹ Este trabajo es una versión revisada y ampliada de un trabajo presentado en el “Segundo Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y derecho internacional penal”, organizado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) y auspiciado por la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, 20 de noviembre de 2010.

jurídicos como el argentino? ¿En qué fases del proceso están las víctimas facultadas a participar? ¿De qué manera se establece la representación legal de las mismas?

El presente trabajo tiene como objetivo examinar la forma en que las distintas salas de la Corte Penal Internacional han interpretado las normas relacionadas con las modalidades de participación de las víctimas. Para ello, se comenzará con un breve análisis de la subjetividad de los individuos en el Derecho Internacional Público general y de su capacidad para acceder a ciertas jurisdicciones internacionales, y luego se examinará el papel que éstos han jugado ante jurisdicciones internacionales de carácter penal. Finalmente, se estudiarán las normas que regulan la participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional y la jurisprudencia desarrollada al respecto hasta la fecha². Cabe señalar aquí que, si bien se hará referencia a la mayoría de las cuestiones relacionadas con la participación de las víctimas, se hará hincapié en las modalidades de participación en la etapa de juicio.

I. LOS INDIVIDUOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Conforme la doctrina clásica del Derecho Internacional Público, los Estados son los sujetos originarios y necesarios de este ordenamiento jurídico y gozan de capacidad plena. De su voluntad se deriva la existencia de otros sujetos, como las organizaciones internacionales, que poseen personalidad y capacidad con el alcance establecido en sus instrumentos constitutivos³. Posteriormente, se reconoció que los individuos también gozaban de subjetividad en el Derecho Internacional ya que existían normas internacionales que regulaban directamente su conducta, otorgándoles derechos e imponiéndoles obligaciones⁴. La subjetividad internacional del individuo se reconoce entonces, con referencia al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento normativo de derechos en instrumentos internacionales, junto con la creación de mecanismos de control de la aplicación de dichos instrumentos⁵.

² Para este trabajo se ha considerado la jurisprudencia emitida por las distintas salas de la Corte Penal Internacional hasta el 11 de abril de 2011. Se consignará el nombre original de la decisión en alguno de los idiomas de trabajo de la CPI (inglés o francés) y solo se incluirá el nombre en español cuando exista una traducción oficial.

³ La Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de la ONU reconoció de forma clara que la Organización poseía personalidad jurídica internacional con órganos, una misión propia, capacidad jurídica, que incluye la facultad de celebrar tratados, y privilegios e inmunidades en el territorio de los Estados miembros. Corte Internacional de Justicia "Opinión Consultiva sobre la Reparación de los daños sufridos al servicio de la ONU", del 11 de abril de 1949, *I.C.J.Reports 1949*, p. 174.

⁴ MONCAYO, G.R., VINUESA, R., & GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T (1997), *Derecho internacional público*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, p. 15.

⁵ En este punto, cabe hacer referencia a 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 protec-

La extensión de las facultades de participación de las personas ante los sistemas de protección de derechos humanos ha evolucionado desde la adopción de los primeros instrumentos internacionales en la materia. Así, en el ámbito europeo, mientras el sistema original preveía que el acceso a la Corte Europea de Derechos Humanos debía hacerse a través de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Protocolo 11⁶ suprimió este órgano, facultando a los individuos a acceder de forma directa a la Corte. Por su parte, en el sistema interamericano, si bien se mantiene la estructura original de dos órganos (Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos), luego de la última reforma al Reglamento de la Corte Interamericana⁷, los individuos gozan de un alto grado de autonomía para su actuación en el proceso. Aunque aún es la Comisión quien decide si llevar el caso ante la Corte, ésta ya no lo hace a través de la presentación de una demanda, sino a través de la elevación del Informe de Fondo (llamado también “Informe del art. 50”) junto con una nota explicativa de los motivos, entre otros documentos⁸. Las víctimas, por su parte, están autorizadas a presentar un nuevo escrito con sus propios argumentos, solicitudes y pruebas, aunque respetando el marco fáctico establecido por la Comisión⁹. Asimismo, el nuevo Reglamento prevé la existencia de un “defensor interamericano” que podrá ser designado de oficio por la Corte para representar a las presuntas víctimas que no cuenten con una representación legal¹⁰. De esta manera, las víctimas comparecen de forma independiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De forma paralela, aunque quizás de un modo más lento y espaciado, las normas del Derecho Internacional Penal comenzaron a establecer conductas que los individuos deben abstenerse de cometer, y cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional en materia penal para los mismos. Los últimos

ción consultar de las personas extranjeras detenidas en el Estado receptor, creaba derechos individuales. Corte Internacional de Justicia, “Caso LaGrand” (“Alemania v. Estados Unidos de América”), *I. C. J. Reports 2001*, p. 466, párr. 77. Si bien la Convención de Relaciones Consulares no es un instrumento de derechos humanos, cabe señalar además que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el artículo concierne a la protección de los derechos humanos. 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 nro. 16, párr. 87.

⁶ Protocolo 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos (e.v. 1/10/1998).

⁷ Aprobado por la Corte Interamericana en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Cabe señalar que ya en la reforma de 2001 se había reconocido *locus standi* a las víctimas para participar del proceso ante la Corte Interamericana.

⁸ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 35.

⁹ *Íbid*, arts. 25 y 40 (escrito de solicitudes, argumentos y pruebas).

¹⁰ *Íbid*, art. 39. Asimismo, en 2008 se creó un Fondo de Asistencia Legal para las Víctimas (Res. AG/RES. 2426 [XXXVIII-O/08]), que tiene por objeto facilitar acceso al sistema interamericano a aquellas personas que no cuenten con los recursos necesarios para llevar su caso.

desarrollos en esta rama del Derecho Internacional han ampliado el alcance de su subjetividad al otorgarle al individuo capacidad para participar en procesos penales internacionales, no ya como sujetos pasibles de ser declarados responsables, sino como víctimas con derecho a la participación ante las distintas jurisdicciones y a solicitar reparaciones.

Surge de este breve relato que existe una tendencia en el Derecho Internacional Público, a través de estas dos ramas —los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal—, que busca ampliar el alcance de la subjetividad internacional del individuo. En este sentido, la consolidación de la personalidad internacional de los individuos ha jugado un importante rol en el fortalecimiento de los mecanismos de protección y las vías de acceso a las jurisdicciones internacionales¹¹.

Como se analizará en este trabajo, la participación de las víctimas en el proceso ante la Corte Penal Internacional configura un punto de encuentro entre estas dos ramas del Derecho Internacional, que han tenido un desarrollo paralelo en esta materia alimentándose mutuamente. En efecto, cabe adelantar que, siguiendo lo establecido en el art. 21(3) del Estatuto de Roma, las salas de la Corte han utilizado a “*los derechos humanos internacionalmente reconocidos*” como pautas de interpretación de las disposiciones del Estatuto relativas a las víctimas¹².

II. LAS VÍCTIMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL. BREVE RESUMEN HISTÓRICO

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*¹³, las víctimas han quedado relegadas al rol de

¹¹ CANÇADO TRINDADE, A. (2008), “The human person and international justice”, 47 *Columbia Journal of Transitional Law*, ps. 24/25.

¹² Para un análisis específico sobre el tema, ver OLÁSULO H. & 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, ps. 379/425.

¹³ Ver por ej., VASILIEV, S. (2009) “Article 68(3) and the personal interests of victims in the emerging practice of the ICC”, STAHN, C. & SLUITER, G. (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, The Netherlands, Martinus Kijhoff Publishers, p. 635; STRANG, H. (2002), *Repair or Revenge. Victims and Restorative Justice*, Oxford, Clarendon Press, p. 1; y 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*, Finlandia, Institute for Human Rights Abo Akademi University, p. 43.

testigos en el marco de un proceso bipartito entre el Fiscal y el acusado, en el cual el juez actúa como un árbitro.

El proceso seguido contra los líderes del régimen nacionalsocialista 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, ya que la mayor parte de la prueba presentada por los fiscales era de naturaleza documental¹⁴. En la época en la que el Consejo de Seguridad creó los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia¹⁵ y para Ruanda¹⁶, existía ya un movimiento internacional por los derechos de las víctimas que buscaba otorgarles un rol más importante en los procesos penales nacionales¹⁷. 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*¹⁸, a través de escritos de impacto¹⁹, o solicitar de forma limitada algunas medidas de reparación, como la restitución de bienes o la compensación, con la participación de los tribunales nacionales²⁰.

El proyecto de Estatuto de la CPI preparado por la Comisión de Derecho Internacional²¹ (en adelante “CDI”) no otorgaba a las víctimas un rol diferente del establecido en 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— y estimaban que la participación de un número potencialmente alto de víctimas podría tener consecuencias negativas sobre el proceso²².

¹⁴ BYRNE, R. (2010), “The new public international lawyer and the hidden art of international criminal trial practice”, *25 Connecticut Journal of International Law*, p. 243.

¹⁵ UN Doc. S/RES/808 (1993), 22 de febrero de 1993 y UN Doc. S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993.

¹⁶ UN Doc. S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994.

¹⁷ Ver por ej., STRANG, H. (2002), *Repair or Revenge...*, cit., p. 25; y KEIKKILA, M. (2004), *International Criminal Tribunals...*, cit., p. 35.

¹⁸ Reglas de Procedimiento y Prueba, UN Doc. IT/32/Rev. 45 (enmendadas el 8 de diciembre de 2010) Regla 74.

¹⁹ *Ibid*, Regla 92 bis. 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.

²⁰ *Ibid*, 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.

²¹ 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).

²² VAN BOVEN, T. (1999), “The position of the victim in the Statute of the International Criminal Court”, 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.

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 otras²³, 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 respecto²⁴. Estas disposiciones fueron finalmente adoptadas gracias al apoyo de países como Francia y varias delegaciones de América Latina²⁵.

III. LAS VÍCTIMAS EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto adoptado en 1998²⁶ contiene diversas disposiciones referidas a las víctimas y a su derecho a participar en el proceso y a recibir reparaciones.

En primer lugar, cabe mencionar que 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 los Estados partes (en adelante “las Reglas”)²⁷. Las Reglas —que “*deben estar en consonancia con el Estatuto*”— complementan el procedimiento allí establecido. El art. 21 del Estatuto, que regula el derecho aplicable por la Corte, dispone que ésta aplicará, “*en primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba*”. Sin embargo, y a pesar de estar aparentemente en el mismo escalón de la pirámide jurídica, el art. 51 aclara que “*en caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto*”.

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, además, se podrá entender, como incluidas dentro del concepto, a “*las organizaciones o*

²³ 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>.

²⁴ VAN BOVEN, T., “The position of the victim...”, cit., p. 84.

²⁵ 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> (último acceso: 30 de abril de 2011).

²⁶ 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.

²⁷ ICC-ASP/1/3.

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". De esta manera, el Estatuto considera que tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden ser víctimas a los fines del proceso ante la CPI.

Las distintas salas han desarrollado el concepto contenido en la Regla 85, tomando como guía para su interpretación distintos instrumentos —sobre la base de lo establecido en el art. 21(3) del Estatuto—²⁸, tales como la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Crímenes y Abuso de Poder²⁹ y los Principios Básicos y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y obtener Reparaciones³⁰. Así, por ejemplo, la Sala de Apelaciones en el caso "Lubanga Dyilo" sostuvo que los daños a los que se refiere la Regla 85(a) pueden tener naturaleza material, física y psicológica, pero no deben necesariamente haber sido sufridos en forma directa, aceptando la existencia de víctimas directas y de víctimas indirectas³¹, concepto que fue aplicado por la Sala de Primera Instancia I con relación a los padres de los niños soldados o de las personas que intervinieron para evitar el reclutamiento de los niños³².

En segundo lugar, es necesario señalar que la estructura de la CPI incluye dentro de la Secretaría secciones que trabajan específicamente con las víctimas. Así, el Estatuto prevé expresamente la creación de una Dependencia de Víctimas y Testigos³³, que, en consulta con la Fiscalía, debe adoptar medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestar asesoramiento y otro tipo

²⁸ Esta disposición establece que "*La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párr. 3º del art. 7º, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición*".

²⁹ UN Doc. A/RES/ 40/34 (29 de noviembre de 1985).

³⁰ UN Doc. A/RES/ 60/147 (16 de diciembre de 2005).

³¹ "Fiscal v. 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, párr. 33.

³² "Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo", Sala de Primera Instancia, "Decisión sobre víctimas indirectas", ICC-01/04-01/06-1813, 8 de abril de 2009. Thomas Lubanga Dyilo está acusado de haber cometido el crimen de guerra de reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, o utilizarlos para participar activamente de las hostilidades, tanto en el marco de un conflicto armado de carácter internacional como en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional.

³³ Art. 43(6).

de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte. A su vez, la Norma 81 del Reglamento de la Corte³⁴ establece que la Secretaría deberá crear una Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, que será una oficina independiente destinada a ofrecer asistencia legal y representación a las víctimas ante la CPI³⁵. Asimismo, y también dentro de la Secretaría, se creó la Sección de Participación y Reparaciones de las Víctimas, que tiene como función principal asistirles y facilitarles la participación en el proceso ante la CPI. Para ello, desarrolló un formulario que las víctimas deben completar y estableció vínculos con organizaciones de la sociedad civil en el terreno que le permite acercarse a las comunidades afectadas y ayudar a completar dicho formulario.

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

El párr. 3º del art. 68 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 vieran 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”.

El término “permitirá” (en inglés *shall*) implica que la existencia del derecho de las víctimas a participar no es discrecional de la Corte, sino que las cuestiones que caen bajo el poder regulatorio de los jueces son las etapas del procedimiento y modalidades en que participarán, teniendo en cuenta que ello no podrá redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial.

Excedería la extensión del presente artículo el análisis de todas las cuestiones que surgen de la norma citada y de la práctica de la CPI, por lo que se examinarán solamente el alcance del concepto de presentación de “*opiniones y observaciones*”³⁶ y la jurisprudencia relacionada con las modalidades de participación, con especial énfasis en la etapa de juicio.

³⁴ ICC-BD/01-02-07. Documentos Oficiales de la Corte Penal Internacional, enmendado el 14 de junio y el 14 de noviembre de 2007, La última versión del Reglamento de la Corte entró en vigor el 18 de diciembre de 2007.

³⁵ Esta Oficina fue creada por la Norma 114 del Reglamento de la Secretaría el 19 de septiembre de 2005 (ICC-BD/03-01-06-Rev.1, versión enmendada en vigor desde el 6 de marzo de 2006). Sobre la OPDV ver MASSIDDA, P. & PELLET, S. (2009) “The Role and practice of the Office of the Public Counsel for Victims”, STAHN, C. & SLUITER, G. (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, The Netherlands, Martinus Kijhoff Publishers, ps. 691/706.

³⁶ Cabe señalar aquí que existen ciertas diferencias, aunque sutiles, entre la traducción en español y los idiomas de trabajo de la CPI. Si bien el español es uno de los idiomas oficiales, los idiomas de trabajo de la Corte son el inglés y el francés. La versión en inglés del art. 68(3) habla de *views and concerns*, y la versión francesa se refiere a *vues et préoccupations*.

V. INSTANCIAS DE PARTICIPACIÓN

El sistema de la CPI ofrece a las víctimas distintas instancias de participación, algunas de ellas nuevas para el Derecho Internacional Penal. 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 tribunal³⁷.

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 art. 68³⁸, crean espacios en los que éstas pueden contribuir al proceso. Así, el art. 15, que le permite al Fiscal iniciar una investigación por iniciativa propia (es decir, sin necesidad de que haya mediado una remisión de un Estado parte o del Consejo de Seguridad)³⁹, establece que el Fiscal puede recabar información de diversas fuentes que considere apropiadas, entre las que pueden estar incluidas las propias víctimas. El párr. 3º 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 investigación⁴⁰. Asimismo, el art. 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 respecto⁴¹.

³⁷ Art. 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, D. (1999) "Article 68: Protection of victims and witnesses and their participation in the proceedings", TRIFFTERER, O (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, ps. 869/888; KNOOPS, G.A (2005), *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings*, The Netherlands, Kluwer, ps. 198/211.

³⁸ 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.

³⁹ Cfr. art. 13.

⁴⁰ 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 identifique, en la medida de lo posible, a los líderes de los grupos afectados para que actúen en nombre de aquellas víctimas que deseen realizar presentaciones, y que reciba dichas presentaciones, sean individuales o colectivas, realizando un análisis conforme a la Regla 85, y las resuma en un solo documento que deberá 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, párrs. 8/9.

⁴¹ Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II en el caso "Fiscal v. 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 cuestionado la admisibilidad del caso conforme al art. 19 del Estatuto. Idéntica decisión fue adoptada por la Sala en el caso "Fiscal v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali", "Decision on the Conduct of the Proceedings Following the Application of the

El art. 75 del Estatuto, considerado una de las grandes innovaciones, consagra el derecho de las víctimas a obtener reparaciones, mientras que el art. 79 prevé la creación de un Fondo Fiduciario en beneficio de las Víctimas y sus Familias⁴².

Finalmente, como ya fuera mencionado, el art. 68, en su inc. 3, establece de manera expresa, y por primera vez en la historia de los tribunales penales internacionales, el derecho de las víctimas a participar en el proceso ante la CPI⁴³. Por su naturaleza única y su importancia, esta disposición será objeto de análisis en los puntos siguientes del presente trabajo.

a) Modalidades de participación: desafíos y respuestas

El art. 68(3) establece que las víctimas presentarán sus “opiniones y observaciones”, pero no detalla qué etapas y actos procesales están incluidos dentro de dicho concepto, cuestión que ha debido ser decidida en cada caso concreto por la Corte. 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).

No obstante, si bien el sentido y extensión de este concepto será objeto de interpretación por las distintas salas, el art. 68(3) establece de forma clara dos requisitos que la condicionan y que la Corte deberá tener en cuenta para decidir sobre la participación en “*las fases del juicio que considere conveniente*”: 1) los intereses personales de las víctimas deben verse afectados por el

Government of Kenya Pursuant to Article 19 of the Rome Statute”, ICC-01/09-02/11-40, 4 de abril de 2011.

⁴² Ver, *inter alia*, FERSTMAN, C. & GOETZ, M. (2009) “Reparations before the International Criminal Court: The early jurisprudence on victim participation and its impact on future reparations proceedings”, FERSTMAN, C., GOETZ, M. & STEPHENS, A. (eds.) *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity. Systems in place and systems in the making*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, ps. 313/350; KELLER, L.M. (2007), “Seeking Justice at the International Criminal Court: Victims reparations”, *29 Thomas Jefferson Law Review*, ps. 189/217; VILMER, J.J (2009) *Réparer l’irréparable. Les réparations aux victimes devant la Cour Pénale Internationale*, Paris, Presses Universitaires de France.

⁴³ Cabe señalar que actualmente, tanto las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, creadas por el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya sobre el Enjuiciamiento conforme Ley Camboyana de los Crímenes Cometidos durante el Periodo 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), y el Tribunal Especial para El Líbano, creado por el Consejo de Seguridad en 2007 (UN Doc. S/RES/1757 (2007)), 30 de mayo de 2007), 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 de *partie civile*, mientras que en el caso del Tribunal Especial para El Líbano se incluyó una disposición idéntica al art. 68(3) del Estatuto de Roma.

proceso, y 2) la participación no debe redundar en detrimento de los derechos del acusado ni afectar el juicio justo e imparcial ni ser incompatible con éstos. Así, los jueces deben buscar un balance entre los derechos de las víctimas y los derechos del acusado y asegurarse que la participación de las primeras no resultará en la violación de, *inter alia*, la presunción de inocencia, el proceso expedito, el derecho a un tribunal imparcial e independiente, el derecho a un juicio justo y el principio de igualdad⁴⁴.

La jurisprudencia desarrollada alrededor de esta disposición muestra que existe acuerdo respecto de su carácter único y de la importancia de interpretarla y aplicarla de manera significativa⁴⁵. Asimismo, existe acuerdo respecto de la naturaleza de la actuación de las víctimas en el procedimiento ante la Corte: no son consideradas *partes* del proceso (que sigue siendo bipartito), sino *participantes* del mismo⁴⁶.

Más allá de estas coincidencias, cabe mencionar que algunos autores han señalado que existen dos enfoques al momento de interpretar las disposiciones relativas a la participación de las víctimas: un enfoque sistemático y un enfoque casuístico⁴⁷. El primero, adoptado principalmente por las salas de Cuestiones Preliminares, implica que el análisis sobre la afectación de los intereses de las víctimas debe hacerse con relación a la fase del juicio y no respecto de cada actividad procesal o elemento de prueba⁴⁸. Por otro lado, el enfoque casuístico supone dos pasos: un primer análisis sobre la afectación de los intereses personales con relación a las cuestiones o prueba del juicio, y luego, un nuevo examen con respecto a cada actividad procesal específica, luego del cual se determinará la modalidad de participación⁴⁹. En la práctica de la mayor parte de las salas ha prevalecido el enfoque casuístico.

⁴⁴ ZAPPALÁ, S. (2010), "The rights of the victims v. the rights of the accused", *Symposium on Victims' Participation in International Criminal Law*, 8 *Journal of International Criminal Justice*, ps. 137/164.

⁴⁵ Ver, por ej., "Fiscal v. 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, párrafos 93 y 94.

⁴⁶ Ver, entre otros, "Fiscal v. 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, párr. 39. Cabe mencionar que algunos autores como H. FRIMAN 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: FRIMAN, H. (2009), "The International Criminal Court and Participation of Victims: A Third Party to the Proceedings", 22 *Leiden Journal of International Law*, ps. 485/500.

⁴⁷ OLÁSULO, H. (2009), "Systematic and casuistic approaches to the role of victims in criminal proceedings before the International Criminal Court", 12 *New Criminal Law Review*, ps. 513/528 y FRIMAN, H. (2009), "The International Criminal Court...", cit.

⁴⁸ *Ibid*, p. 521.

⁴⁹ *Ibid*, p. 526.

En los puntos que siguen, se intentará determinar el alcance del derecho a la participación de las víctimas ante la CPI conforme la jurisprudencia sobre la materia.

i) Procedimiento de solicitud de participación: dificultades para dar el primer paso

Para poder acceder a la Corte Penal Internacional, el primer paso que las víctimas deben dar es llenar el formulario de solicitud de participación⁵⁰. Este formulario tiene como objetivo recabar la información que necesitarán los jueces para tomar la decisión sobre dicha solicitud, es decir que 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 Corte⁵¹ imputados al acusado en cada caso concreto⁵².

Un obstáculo vinculado con el procedimiento de solicitud es la prueba de la identidad de las víctimas. Muchas de ellas viven en zonas rurales, alejadas de los centros urbanos o en zonas que sufrieron las consecuencias de un conflicto armado, y por ello no tienen documentos o éstos han sido destruidos. En consecuencia, los jueces han aceptado documentos alternativos, como por ejemplo tarjetas electorales, credenciales de estudiantes, tarjetas de agencias humanitarias, notas de las autoridades locales, tarjetas de bautismos, tarjetas de pertenencia a una iglesia o a un partido político, y cuaderno de pensiones, entre otras. Si fuera imposible obtener algún documento alternativo, las salas han aceptado también la palabra de dos testigos creíbles⁵³. Ello dependerá siempre de la situación en cada caso concreto. Por ejemplo, en el primer caso abierto en el marco de la situación en la República de Kenia, la Sala de Cuestiones Preliminares ha identificado como factor a ser tenido en cuenta el hecho de la

⁵⁰ Disponible en la página de internet de la Corte Penal Internacional <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Victims/Forms.htm> (sitio consultado el 26/03/2011).

⁵¹ Regla 85.

⁵² Ver, por ej., “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, párr. 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, párrs. 13-15; “Fiscal v. 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, párr. 62.

⁵³ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia “*Decision on Victims’ Participation*”, ICC-01/04-01/06-1119 18 de enero de 2008, párrs. 87 y 88.

existencia de una práctica de falsificación de documentos extendida en dicho Estado⁵⁴.

Este primer paso, si bien esencial para activar el art. 68(3), ha resultado ser demasiado largo y pesado, y ha requerido de un gran número de decisiones de parte de las salas para regularlo y clarificar interrogantes y lagunas, cuando debería tratarse de un procedimiento meramente administrativo o, por lo menos, más sencillo⁵⁵. En este sentido, las salas han comenzado a delegar algunas tareas no judiciales a la División de Participación y Reparaciones de las Víctimas de la Secretaría, emitiendo directrices para ello, claramente sobre la base de la experiencia recabada⁵⁶.

Como ya fuera mencionado *supra*, otra de las cuestiones principales del proceso de solicitud es el requisito de la afectación de los intereses personales de los solicitantes. La Sala de Primera Instancia I en el caso “Lubanga Dyilo” sostuvo que debe determinarse si existe un vínculo entre la víctima y la prueba que la sala examinará durante el caso o si la víctima se ve afectada por alguna cuestión que surgiera durante el juicio. La sala consideró que un mero “interés general” en el resultado de las cuestiones en debate resultaba insuficiente en los términos del art. 68, por lo que el análisis debía hacerse caso por caso⁵⁷.

Por su parte, la Sala de Cuestiones Preliminares I afirmó que el interés de las víctimas está relacionado con el derecho a la verdad y el derecho a la justicia, tal como fueron desarrollados por los tribunales regionales de derechos humanos⁵⁸. Así, sostuvo que tales derechos solo se verán satisfechos si “*aquellos responsables de perpetrar los crímenes que sufrieron son declarados culpables y aquellos no responsables son absueltos, para que la búsqueda de los responsables continúe*”⁵⁹.

ii) Representación legal

Previo a la puesta en funcionamiento de la Corte, la doctrina señalaba ya ciertas dificultades que surgían de la letra misma del Estatuto de Roma. La ma-

⁵⁴ “Fiscal v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*First Decision on Victims’ Participation in the Case*, ICC-01/09-01/11-17”, 30 de marzo de 2011, párr. 9°.

⁵⁵ PENA, M. (2010), “Victim participation at the International Criminal Court: Achievements made and Challenges lying ahead”, *16 ILSA Journal of International and Comparative Law*, ps. 497/516.

⁵⁶ Ver, por ej., “Situación en la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on Victims’ Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya*”, ICC-01/09-24, 3 de noviembre de 2010, párrs. 18/23.

⁵⁷ *Ibid*, párrs. 95 y 96.

⁵⁸ En este punto, ver OLÁSULO H. & GALAIN PALERMO, P (2010), “Systematic and casuistic approaches...”, cit., ps. 396/401.

⁵⁹ “Fiscal v. 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, párr. 36.

yor parte de estos obstáculos se vinculaban con el gran número de víctimas potenciales con derecho a participar debido a la naturaleza de crímenes de masa de los crímenes de competencia de la CPI. Conscientes de estas dificultades, los Estados negociadores en primer término, y la propia Corte después, incluyeron dentro de la estructura de la CPI herramientas que permitieran superarlas. Así, se prevé que las víctimas podrán actuar a través de sus representantes legales, quienes estarán autorizados a asistir a las audiencias y participar del procedimiento⁶⁰. Asimismo, se establece que la Corte, cuando haya más de una víctima y a fin de asegurar la eficacia del procedimiento, podrá pedir a todas o a ciertos grupos de ellas que nombren uno o más representantes comunes⁶¹.

La cuestión de la representación legal ha dado lugar a un gran número de decisiones judiciales que fueron delineando su funcionamiento. En una de las primeras decisiones sobre representación legal, en el marco del caso “Kony y otros”, la Sala de Cuestiones Preliminares II señaló que una víctima autorizada a participar puede hacerlo con o sin representación legal, ya que dicho rol no es obligatorio, sino que está condicionado por una determinación de que ello sea apropiado y así lo exijan los intereses de la justicia⁶², o para prevenir un impacto adverso en la celeridad del proceso⁶³. Asimismo, la sala sostuvo que, en consecuencia, habría dos tipos de víctimas participantes: aquellas que lo hacen a través de un representante legal, y aquellas que actúan por su cuenta. Las primeras tendrían “derechos mejorados” (*enhanced rights*) ya que, conforme surge de la Regla 91, solo las víctimas con representación legal pueden ser autorizadas a asistir a las audiencias o interrogar a testigos, expertos o el acusado⁶⁴. Esta interpretación del derecho a la representación legal, si bien pareciera estar en conformidad con la letra de las Reglas de Procedimiento y Prueba, podría dificultar la participación de un gran número de víctimas, quienes debido a su falta de recursos financieros⁶⁵ para contratar un abogado

⁶⁰ Regla 91.

⁶¹ Regla 90.

⁶² “Fiscal v. Joseph Kony, Vincent Otty, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on legal representation, appointment of counsel for the defence, protective measures and time-limit for submission on application for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06*”, ICC-02/04-01/05-134, 1 de febrero de 2007, párrs. 3/12.

⁶³ “Fiscal v. Joseph Kony, Vincent Otty, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on victims’ applications for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, ICC-02/04-01/05-252*”, 10 de agosto de 2007, párr. 80.

⁶⁴ “Fiscal v. Joseph Kony, Vincent Otty, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on legal representation, appointment of counsel for the defence, protective measures and time-limit for submission on application for participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06*”, ICC-02/04-01/05-134, 1 de febrero de 2007, párrs. 7º y 10.

⁶⁵ Casi la totalidad de las víctimas participantes o que solicitan ser autorizadas a participar se encuentran en situación de indigencia, por lo que necesitan la ayuda económica de la

y a su desconocimiento respecto del sistema de la CPI se verían privadas de ejercer su derecho a participar de la forma más amplia posible. Sin embargo, cabe mencionar que esta decisión —que fue duramente criticada por diversas organizaciones de la sociedad civil— ha quedado superada y que, en la práctica actual de la Corte, todas las víctimas participantes tienen representación legal, por lo menos, a cargo de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas⁶⁶. Esta Oficina actúa como representante legal provisorio hasta que la Sala designe uno permanente. En este sentido, las salas han coincidido en señalar que, en la medida de lo posible, la Oficina no debería cumplir el rol de representante legal de las víctimas en la fase del juicio, sino que su mandato principal es el de apoyar y proveer asistencia a los representantes legales de las víctimas⁶⁷. No obstante, afirmaron que cuando la Oficina actúa como representante legal, será asimilada a éste en la aplicación del Estatuto⁶⁸.

Si bien las víctimas tienen libertad para elegir a su representante, la Sala de Primera Instancia II ha dicho que este derecho está sujeto a limitaciones prácticas, financieras⁶⁹, logísticas y estructurales⁷⁰. En este sentido, la sala señaló que la representación legal común es un mecanismo procedimental para reconciliar los requisitos de un juicio justo y expedito con el derecho a las víctimas a una participación significativa⁷¹. Los representantes legales deben cumplir con determinados requisitos básicos, como por ejemplo, tener conocimiento del sistema jurídico de la CPI, tener vínculos con la situación local de

Corte para poder ejercer sus derechos: PENA, M. (2010), “Victim participation at the International Criminal Court...”, cit., p. 515.

⁶⁶ Ello está previsto por la Norma 80.2 del Reglamento de la Corte.

⁶⁷ La Oficina ha establecido la práctica de firmar acuerdos *ad hoc* con los representantes legales que les permite además, solicitarle que actúe como representante legal *ad hoc* en audiencias específicas o respecto de cuestiones determinadas, MASSIDDA, P. & PELLET, S. (2009), “The Role and practice...”, cit., ps. 694/695.

⁶⁸ Ver, por ej., “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “*Redacted Decision on ‘indirect victims’*”, ICC-01/04-01/06-1813, 8 de abril de 2009, párrafos 38-39; “Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo”, Sala de Primera Instancia III, “*Decision on the legal representation of victim applicants at trial*”, ICC-01/05-01/08-1020, 19 de noviembre de 2010, párr. 24.

⁶⁹ En el mismo sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares II señaló que debido a las limitaciones del presupuesto para la asistencia legal, la Secretaría de la Corte había recomendado la designación de miembros de la Oficina del Defensor Público para las Víctimas como representante legal hasta que la Corte decidiera designar un representante legal común externo, “Situación en Uganda”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on legal representation of Victims a/0090/06, a/0098/06, a/0101/06 a/0112/06, a/0118/06, a/0119/06 and a/0122/06*”, ICC-02/04-117”, 15 de febrero de 2008.

⁷⁰ Sin perjuicio de la designación de la Sala, las víctimas pueden informar a la Secretaría si existen problemas con el o la representante legal para que ésta tome las medidas correspondientes. Asimismo, la Secretaría debe proveerles a las víctimas una lista de representantes disponibles con la información de cada uno de ellos (Norma 112 del Reglamento de la Secretaría).

⁷¹ “Fiscal v. Germain Katanga y Mathiu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II “*Order on the organisation of common legal representation of victims*” ICC-01/04-01/07-1328, 22 de Julio de 2009, párr. 11.

las víctimas en particular y de la región en general, y mantener un contacto permanente con las víctimas que representan. Con relación a esta designación en el caso concreto, las salas han tenido en cuenta diferentes factores como la nacionalidad o el grupo étnico, el género, la edad o los crímenes de los que hayan sido víctimas. Así, por ejemplo, en el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, la Sala de Primera Instancia II decidió asignar a un grupo de víctimas de un ataque al pueblo de Bogoro, en la República Democrática del Congo, un representante legal común, mientras que asignó otro distinto a un grupo de niños soldados que supuestamente habrían participado de dicho ataque⁷², por considerar que podrían existir conflictos de interés entre ambos grupos.

iii) Etapas de participación

Excedería el marco del presente trabajo desarrollar detalladamente el procedimiento ante la CPI. A los fines del análisis de la participación de las víctimas, es suficiente mencionar que el mismo puede dividirse, en líneas generales, en una etapa de cuestiones preliminares que comienza con la investigación a cargo del Fiscal y culmina con la audiencia de confirmación de cargos (en la que participa la Sala de Cuestiones Preliminares)⁷³, una etapa de juicio (en la que participa la Sala de Primera Instancia), y finalmente, una etapa de apelaciones (ante la Sala de Apelaciones).

La primera decisión emitida por la CPI referida a la participación de las víctimas fue adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares I durante la etapa de investigación en el contexto de la situación de la República Democrática del Congo a comienzos de 2006⁷⁴. Las situaciones son definidas generalmente en términos de tiempo, territorio, y en algunos casos, de las personas, mientras que, por su parte, los casos comprenden incidentes específicos durante los cuales uno o más crímenes de competencia de la Corte parecen haber sido cometidos por uno más sospechosos identificados⁷⁵.

⁷² *Ibid*, párr. 13. Cabe señalar que la CPI solo tiene competencia sobre las personas mayores de dieciocho años (cfr. art. 26), por lo que los niños soldados son considerados como víctimas, en particular del crimen de reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o grupos, o utilizarlos para participar activamente de las hostilidades. Este crimen está incluido en los cargos del caso “Katanga & Ngudjolo Chui” y, como ya fue mencionado, del caso “Thomas Lubanga Dyilo”.

⁷³ Sobre la participación de las víctimas en esta etapa, VER STAHN, C., OLÁSULO, H. & GIBSON, K. (2006) “*Participation of victims in pre-trial proceedings of the ICC*”, 4 *Journal of International Criminal Justice*, ps. 219/237.

⁷⁴ “Situación en la República Democrática del Congo”, “*Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6*”, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 17 de enero de 2006.

⁷⁵ *Ibid*, párr. 65.

La Sala de Cuestiones Preliminares, respondiendo a las objeciones presentadas por el Fiscal⁷⁶, consideró que la participación de las víctimas durante la investigación no ponía en peligro la apariencia de integridad y objetividad de la misma, ni era inherentemente inconsistente con las consideraciones básicas de eficiencia y seguridad⁷⁷. Asimismo, sostuvo que el derecho a presentar sus opiniones y material relacionado con la investigación en curso surge del hecho de que los intereses personales de las víctimas están afectados porque es justamente en esa etapa en la que las personas supuestamente responsables por los crímenes deben ser identificadas como primer paso para una acusación⁷⁸. Sin embargo, la Sala de Apelaciones condicionó la participación de las víctimas en dicha etapa a la existencia de “actuaciones judiciales” (*judicial proceedings*) y rechazó la existencia de un derecho general a participar en la etapa de investigaciones⁷⁹.

Sin perjuicio de que, como fuera explicado, el presente trabajo hace hincapié en las modalidades de participación de las víctimas durante la etapa de juicio, cabe mencionar que una vez aceptada dicha participación en la etapa de cuestiones preliminares —sea en el marco de una situación o de un caso—, con los límites dispuestos por la Sala de Apelaciones, las salas han reconocido diversos derechos procesales de las víctimas. Estos incluyen el acceso al expediente, el derecho a ser notificado de las decisiones de la Sala y de las presenta-

⁷⁶ “Situación en la República Democrática del Congo”, Oficina del Fiscal, “*Prosecution’s Reply on the Applications for Participation* 01/04-1/dp to 01/04-6/dp”, ICC-01/04-84, 15 de agosto de 2005.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 57.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 72.

⁷⁹ “Situación en la República Democrática del Congo”, Sala de Apelaciones, “Sentencia relativa a la participación de las víctimas en la fase de investigación del procedimiento dictada en relación con la apelación de la Oficina del Defensor Público para la Defensa contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 7 de diciembre de 2007 y las apelaciones de la Oficina del Defensor Público para la Defensa y el Fiscal vontra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 24 de diciembre de 2007”, ICC-01/04-556-tSPA, 19 de diciembre de 2008, párrs. 44-59. Asimismo, cabe señalar que, en el marco de la situación de la República de Kenia, la Sala de Cuestiones Preliminares II, como consecuencia de un pedido de participación de una de las personas respecto de la cual había dictado una orden de comparecencia, afirmó que las víctimas no están autorizadas a participar en el procedimiento establecido por el art. 58 [emisión de una orden de arresto u orden de comparecencia] ya que se trata de procedimientos en los que participa solo una parte, razón por la cual no se trata de “fases del juicio convenientes”, aun cuando sus intereses se vean afectados, “Situación en la República de Kenia”, “*Decision on the Application for Leave to Participate in the Proceedings before the Pre-Trial Chamber relating to the Prosecutor’s Application under Article 58(7)*”, ICC-01/09-42, 11 de febrero de 2011, párr. 13. En la misma línea, pero en el primer caso abierto en el marco de la situación en la República de Kenia, la Sala de Cuestiones Preliminares II, rechazó el pedido de víctimas (que aun no habían sido a participar conforme el art. 68(3) y la Regla 89) de estar presentes en la audiencia de primera comparecencia de los acusados: “Fiscal v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on the Motion by Legal Representative of Victim Applicants to Participate in Initial Appearance Proceedings*”, ICC-01/09-01/11-14, 30 de marzo de 2011.

ciones de las partes, la asistencia a las audiencias la presentación de argumentos, y la participación en la audiencia de confirmación de cargos, entre otros⁸⁰.

iv) Acceso al expediente

La Regla 131(2) establece que las víctimas participantes tienen derecho a consultar el expediente del caso, sujeto a medidas de protección como la confidencialidad y la información sobre seguridad nacional. La Sala de Primera Instancia I, en el caso “Lubanga Dyilo”, sostuvo que se presumirá que dicho acceso incluye los documentos públicos, salvo que se considere que alguno de los documentos confidenciales sea relevante para los intereses personales de las víctimas, en cuyo caso se analizará otorgarles acceso a tal material. La Sala notificará a las víctimas o a sus representantes legales de todos los documentos públicos y de los confidenciales si considera que afectan a sus intereses personales —siempre y cuando no perjudique otras medidas de protección que no puedan levantarse—. Para ello, la parte que presenta el escrito determinará quiénes deberán ser notificados⁸¹.

Cabe mencionar que, a su vez, las víctimas también están facultadas a presentar escritos que formarán parte del expediente del caso y en los que, tal como las partes, deberán consignar los destinatarios de la notificación.

Por su lado, la Sala de Primera Instancia II, en el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, sostuvo que debía distinguirse entre los representantes legales y las víctimas, ya que mientras las últimas no tienen derecho a acceder a documentos confidenciales del expediente, sus representantes legales pueden ser autorizados para ello. La sala justificó dicha diferencia en la obligación de los representantes legales de cumplir con el Código de Conducta Profesional del Abogado⁸² y, en consecuencia, de no transmitir información confidencial a sus

⁸⁰ “Fiscal v. 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; “Fiscal v. Baharidriiss Abu Garda”, “*Decision on victims’ modalities of participation at the Pre-Trial Stage of the Case*”, ICC-02/05-02/09-136, 6 de octubre de 2009; “Situación en la República de Kenia”, Sala de Cuestiones Preliminares II “*Decision on Victims’ Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya*”, ICC-01/09-24, 3 de noviembre de 2010; “Situación en la República Central Africana”, Sala de Cuestiones Preliminares II, “*Decision on Victims’ Participation in Proceedings Related to the Situation in the Central African Republic*”, ICC-01/05-31, 11 de noviembre de 2010; y “Situación en la República Democrática del Congo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Decision on victims’ Public Document participation in proceedings relating Democratic Republic of the Congo*”, ICC-01/04-593, 11 de abril de 2011.

⁸¹ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I “*Decision on Victims’ Participation*”, ICC-01/04-01/06-1119, 18 de enero de 2008, párrs. 106/107.

⁸² Resolución ICC-ASP/4/Res.1.

clientes con doble estatus (testigos y víctimas)⁸³ que podría influenciar sus declaraciones⁸⁴.

v) Presentación de pruebas

Como ya ha sido mencionado *supra*, las víctimas no son consideradas “partes” del proceso, sino “participantes”. En consecuencia, se abría un interrogante respecto de la posibilidad de las víctimas de ofrecer prueba, ya que esta facultad está normalmente reservada a las partes de un caso. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia I, en el caso “Lubanga Dyilo”, sostuvo 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 hechos⁸⁵. Ello fue confirmado por la Sala de Apelaciones que, si bien destacó que el derecho de presentar pruebas relacionadas con la culpabilidad o inocencia del acusado y el derecho a impugnar su admisibilidad o pertinencia corresponden primordialmente a las partes, ninguna disposición del Estatuto excluye la posibilidad de que las víctimas también lo hagan⁸⁶. Por el contrario, la Sala señaló que para hacer efectivo el espíritu e intención del art. 68(3), éste debía ser interpretado de modo que la participación de las víctimas sea significativa. En consecuencia, la Sala de Apelaciones ratificó la decisión de la Sala de Primera Instancia afirmando que, al permitir que las víctimas presenten pruebas, no se había creado un derecho irrestricto a proponer o impugnar prueba, sino que ello dependía de que las víctimas pudiesen demostrar los motivos por los que sus intereses se verían afectados en cada caso concreto⁸⁷. En una de sus últimas decisiones sobre esta

⁸³ Cuando las víctimas también participan como testigos de alguna de las partes son denominadas por la Corte como personas con doble estatus. Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia I “*Decision on Victims’ Participation*”, ICC-01/04-01/06-1119, 18 de enero de 2008, párr. 132; “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “*Decision in the Defence application for disclosure of victim applications*”, ICC-01/04-01/06-1637, 21 de enero de 2009, párr. 13; “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “*Decision on certain practicalities regarding individuals who have dual status of witness and victim*”, ICC-01/04-01/06-1379, 5 de junio de 2008; “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de juicio, “*Decision on the Modalities of Victim Participation at trial*”, ICC-01/04-01/07-1788-tENG, 22 de enero de 2010, párr. 110.

⁸⁴ “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de juicio II, “*Decision on the Modalities of Victim Participation at trial*”, ICC-01/04-01/07-1788-tENG, 22 de enero de 2010, párrs. 112-113.

⁸⁵ Art. 69(3).

⁸⁶ “Fiscal v. 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, párrs. 93 y 94.

⁸⁷ *Ibid*, párrs. 98 y 99. El juez Pikis y el juez Kirsch votaron en disidencia en este punto. El primero consideró que en virtud del principio de igualdad de armas, el acusado solo puede

cuestión, la Sala de Apelaciones parece haber adoptado una postura más restringida, al menos desde el punto de vista del lenguaje utilizado, con respecto a la facultad de las víctimas de presentar pruebas. Así, señaló que esta posibilidad de las víctimas de presentar prueba [que nace del art. 69(3)⁸⁸] no equivale a un derecho a hacerlo, sino que depende de que ello les sea requerido y de que se cumplan los extremos del art. 68(3). Las víctimas deben demostrar que sus intereses personales están afectados, y que ello no perjudica el juicio justo y expedito ni los derechos del acusado, que incluyen el derecho a tener tiempo y facilidades adecuados para la preparación de su defensa⁸⁹. De todas maneras, 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 amplia⁹⁰.

Algunos autores han señalado que, al hacer uso de sus poderes para solicitar la producción de prueba, la Corte podría alterar el proceso de búsqueda de la verdad y pondría al acusado en la difícil posición de tener que cuestionar la admisibilidad de prueba obtenida por los propios jueces⁹¹. Sin embargo, cabe señalar que esta facultad no implica necesariamente que la Corte aceptará toda la prueba presentada por las víctimas sin ningún tipo de filtro previo respecto de su admisibilidad. Por el contrario, la Sala de Primera Instancia I, por ejemplo, ha dispuesto que en primer término analizará si los intereses de las víctimas están afectados por la prueba en cuestión, y luego, examinará si: 1) el material sugerido es relevante con respecto a los cargos que pesan contra el acusado; 2) tiene valor probatorio, y 3) ponderará dicho valor con relación al efecto perjudicial que la prueba podría tener respecto de los derechos del acusado⁹².

tener un acusado. La prueba o refutación de los cargos es un tema que afecta a las partes. Asimismo, sostuvo que la presunción de inocencia no permite que nadie más que el Fiscal pruebe lo contrario mediante la producción de pruebas pertinentes y admisibles. El segundo afirmó que solo las partes pueden presentar y cuestionar prueba relacionada con la culpabilidad o inocencia del acusado debido a que el Estatuto y las Reglas no han puesto dicha facultad en cabeza de las víctimas de forma expresa ni las ha incluido en el régimen de descubrimiento de la prueba. Sostuvo además que la presentación de “opiniones y observaciones” no equivale al ofrecimiento y producción de pruebas sobre la culpabilidad del acusado.

⁸⁸ Esta disposición otorga a la Corte la facultad de solicitar todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos.

⁸⁹ “Fiscal v. 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, párr. 48.

⁹⁰ FRIMAN, H. (2009), “The International Criminal Court...”, cit., p. 495.

⁹¹ ZAPPALÁ, S. (2010), “The rights of the victims...”, cit., p. 148.

⁹² “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I “*Decision on the admissibility of four documents*”. ICC-01/04-01/06-1399, 13 de junio de 2008, párrs. 27/31. Por ej., la sala rechazó el pedido de un grupo de víctimas de aceptar un Informe de un panel de expertos Panel sobre la Explotación Ilegal de Recursos Naturales y otras Formas de Riqueza en la República Democrática del Congo como prueba en razón de considerar que no proveía

La Sala de Primera Instancia II, en el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, ha seguido la línea establecida por la Sala de Apelaciones y ha afirmado que el hecho de que las víctimas sean autorizadas a presentar prueba inculpativa o exculpativa durante el juicio no equivale a decir que tengan derecho a realizar investigaciones para establecer la culpa del acusado, ya que si así fuera, ello equivaldría a otorgarles el rol de asistentes del Fiscal, lo que sería perjudicial para los derechos de la defensa, la igualdad de armas y el requisito de un juicio justo. Sin embargo, reconoció al mismo tiempo que los representantes legales pueden tener que realizar investigaciones para recolectar información que sirva para establecer la existencia, naturaleza y extensión del daño sufrido por sus clientes⁹³.

Además de permitirles a las víctimas presentar documentos⁹⁴ o sugerir la designación de expertos⁹⁵, las víctimas han sido autorizadas a ofrecer su testimonio bajo juramento como testigos de la Corte. Como principio general, las salas lo autorizarán si ello significa una contribución genuina a la determinación de la verdad, cuestión que deberá ser explicada por escrito con antelación suficiente por el representante legal⁹⁶. La Sala de Primera Instancia II sostuvo que analizará si ello no afecta la celeridad del proceso ni perjudica los derechos del acusado ni el juicio justo e imparcial, y que, por lo tanto, no autorizará a víctimas anónimas *vis-à-vis* a la defensa a testificar⁹⁷. Asimismo, dicha sala ha

demasiada prueba adicional relevante, y que, debido a que los autores del Informe no serían citados para ser interrogados por las partes, ello causaría un perjuicio a las mismas: “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “*Decision on the request by the legal representative of victims* a/0001/06, a/0002/06, a/0003/06, a/0049/06, a/0007/08, a/0149/08, a/0155/07, a/0156/07, a/0404/08, a/0405/08, a/0406/08, a/0407/08, a/0409/08, a/0149/07 and a/0162/07 for admission of the final report of the Panel of Experts on the illegal exploitation of natural resources and other forms of wealth of the Democratic Republic of the Congo as evidence”, ICC-01/04-01/06-2135, 22 de septiembre de 2009, párr. 34.

⁹³ “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “*Decision on the Modalities of Victim Participation at trial*”, ICC-01/04-01/07-1788-tENG, 22 de enero de 2010, párrs. 102-103.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 98.

⁹⁵ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, “*Analyse relative à l’attribution et aux composantes du nom en République démocratique du Congo*”, ICC-01/04-01/06-1793, 20 de marzo de 2009. Dos de los representantes legales de las víctimas llamaron la atención de la sala con relación a la práctica sobre los nombres en la República Democrática del Congo ya que la defensa había señalado ciertas divergencias con respecto a los nombres de los testigos, y propusieron la designación de un experto sobre el tema, si así lo considerara conveniente la Sala de Primera Instancia I. En efecto, la sala decidió nombrar a un experto en nombres y otras convenciones sociales en la República Democrática del Congo: “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Cuestiones Preliminares I, “*Instructions to the Court’s Expert on Names and Other Social Conventions in the Democratic Republic of Congo*”, ICC-01/04-01/06-1934, 5 de junio de 2009. Ver PENA, M. (2010), “Victim participation at the International Criminal Court...”, cit., p. 502.

⁹⁶ “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Juicio II, “*Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140*”, ICC-01/04-01/07-1665-Corr, 1 de diciembre de 2009, párr. 20.

⁹⁷ La participación de víctimas anónimas es uno de los temas más controvertidos debido a la afectación que produce sobre los derechos del acusado. Ver, por ej. ZAPPALÁ, S. (2010), “The rights of the victims...”, cit., p. 150.

especificado que las víctimas serán autorizadas a brindar testimonio bajo juramento una vez que la Fiscalía concluya su caso y en la medida en que ello no afecte la integridad de los procedimientos y no se trate de un testimonio que verse sobre cuestiones que ya fueron tratadas, sino que ofrezca nueva información a la sala⁹⁸. Asimismo, aceptó que los representantes legales propongan nuevos testigos, más allá de las propias víctimas, si ello significase una contribución genuina a la determinación de la verdad [cfr. art. 69(3)]⁹⁹.

Sin perjuicio de su participación en el rol de testigos, las víctimas han sido autorizadas a presentar sus opiniones y observaciones de forma personal en audiencia ante la Corte. Si bien, la regla general indica que las víctimas presentarán sus opiniones y observaciones oralmente a través de sus representantes legales, algunas salas¹⁰⁰ han autorizado la comparecencia de las mismas de forma personal. En dichas situaciones, que serán decididas caso por caso, las salas deberán asegurarse que las cuestiones que presenten las víctimas no se encuentren cubiertas por otras declaraciones¹⁰¹. Esta decisión amplía de manera significativa el alcance de la participación de las víctimas, ya que, en virtud del gran número de víctimas participantes y de la distancia física de la sede de la Corte de su lugar de residencia, las víctimas ejercen su participación “a lo lejos”, a través de sus representantes legales, que son quienes se presentan ante la Corte, salvo que éstas comparezcan como testigos, en cuyo caso ocupan el rol tradicional que el Derecho Internacional Penal les había reconocido¹⁰².

⁹⁸ *Ibid*, párrs. 20-32. La Sala autorizó la presentación de dos víctimas en noviembre de 2010: “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, *Décision aux fins de comparution des victimes* a/0381/09, a/0018/09, a/0191/08 et pan/0363/09 agissant au nom de a/0363/09, ICC-01/04-01/07-2517, 9 de noviembre de 2010; “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “*Décision relative Public à la Notification du retrait de la victime a/0381/09 de la liste des témoins du représentant légal*”, ICC-01/04-01/07-2674, 31 de enero de 2011; y “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “*Décision relative à la Notification du retrait de la victime a/0363/09 de la liste des témoins du représentant légal, rendue le 11 février 2011*”, ICC-01/04-01/07-2699-Red, 21 de febrero de 2011.

⁹⁹ “Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Juicio II, “*Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with rule 140*”, ICC-01/04-01/07-1665-Corr, 1 de diciembre de 2009, párrs. 45-48.

¹⁰⁰ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Juicio, “*Decision on the request by victims a/ 0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial*”, ICC-01/04-01/06-2032-Anx, 26 de junio de 2009.

¹⁰¹ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Juicio, “*Decision on the request by victims a/ 0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial*”, ICC-01/04-01/06-2032-Anx, 26 de junio de 2009, párrs. 26/27.

¹⁰² La Sala de Primera Instancia I autorizó a tres víctimas a presentarse en persona ante la Corte. Éstas comparecieron en enero de 2010, luego de la presentación del caso de la Fiscalía y de los expertos llamados por la Corte, pero antes de la presentación del caso de la Defensa. Sin embargo, cabe señalar que la Sala decidió referirse a ellas como “testigos”: “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, transcripción del Acta de la audiencia de fecha 12 de enero de 2010, ICC-01/04-01/06-T-225-Red-ENG, líneas 6-10.

vi) Interrogatorio a testigos

La Regla 91(3) autoriza a los representantes legales a interrogar testigos, describiendo el procedimiento a seguir para solicitarlo, pero guardando silencio respecto de las modalidades que puede adoptar dicho interrogatorio. La Sala de Primera Instancia I, en el caso “Lubanga Dyilo”, ha señalado que los representantes legales pueden interrogar a los testigos sobre áreas que sean de interés para las víctimas para clarificar detalles u obtener hechos adicionales, sin perjuicio de su relevancia para la culpabilidad o inocencia del acusado, y que ello debe responder al objetivo general de asistir a la Corte en su búsqueda de la verdad [art. 69(3)]. En consecuencia, la sala sostuvo que existiría una presunción a favor de un enfoque neutral del interrogatorio, aunque en ciertas circunstancias, los representantes sean autorizados a utilizar técnicas de *cross-examination* (que buscan poner en duda la credibilidad del testigo o establecer cuestiones que respalden sus argumentos), lo que deberá ser solicitado a la sala, quien decidirá caso por caso¹⁰³.

Por su lado, la Sala de Primera Instancia II, en el caso “Katanga y Ngudjolo Chui”, ha señalado que las preguntas realizadas por los representantes legales deben esencialmente vincularse con puntos a clarificar o complementar prueba ya presentada por los testigos de las partes, y ayudar a la sala a entender mejor alguna cuestión dado su conocimiento del contexto social y cultural¹⁰⁴. En consecuencia, deberá asumirse un estilo neutral de interrogatorio¹⁰⁵.

Más allá del estilo del interrogatorio que finalmente se adopte, las salas han coincidido en exigir que los representantes de las víctimas soliciten autorización cada vez que desean interrogar a un testigo, indicando de qué forma se ven afectados los intereses personales de las víctimas.

vii) Participación en las audiencias y alegatos de apertura y cierre

Conforme la Regla 91(2), el representante legal tiene el derecho de asistir y participar en el procedimiento. El representante legal podrá participar de todas las audiencias, salvo que la Sala considere que deba presentar sus observaciones por escrito. Con respecto a las audiencias *ex parte*, los representantes legales serán autorizados a participar de ellas dependiendo de las circunstan-

¹⁰³ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I, “*Decision on the Manner of Questioning Witnesses by the Legal Representatives of Victims*”, ICC-01/04-01/06-2127, 16 de septiembre de 2009, párrs. 26/30.

¹⁰⁴ Por ejemplo, en el caso de “Bemba Gombo”, los representantes de las víctimas ofrecieron información respecto de los idiomas locales que se hablan en la República Central Africana con el fin de clarificar ciertas alegaciones hechas por la Defensa: PENA, M. (2010), “Victim participation at the International Criminal Court...”, cit., p. 502.

¹⁰⁵ “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “*Decision on the Modalities of Victim Participation at trial*”, ICC-01/04-01/07-1788-ENG, 22 de enero de 2010.

cias¹⁰⁶. Por su parte, la Regla 89(1) establece que las víctimas podrán formular alegatos iniciales y finales, sin dar más precisiones al respecto. La Sala de Primera Instancia II ha determinado que ello tendrá lugar luego de los alegatos de la Fiscalía y antes de los de la Defensa¹⁰⁷.

viii) Apelaciones

La Sala de Apelaciones ha sostenido de manera consistente que las víctimas deben solicitar autorización expresa para participar de los procedimientos de apelación con arreglo a los apartados b) y d) del párr. 1° del art. 82 del Estatuto porque considera que una apelación interlocutoria de esa naturaleza constituye una fase separada y distinta del procedimiento. Para ello, las víctimas deben demostrar que sus intereses personales se ven afectados por la apelación y la sala debe asegurarse que ello no redundará en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos¹⁰⁸.

Sin embargo, el Juez Song, miembro de la Sala y actual presidente de la Corte, ha emitido, también de forma consistente, su voto disidente en esta cuestión. El juez Song considera que no es necesaria una solicitud de las víctimas para presentar una respuesta al Documento Justificativo de la Apelación en los procedimientos de apelación en virtud de los apartados b) y d) del párr. 1° del art. 82 del Estatuto, siempre que las víctimas en cuestión hayan participado en los procedimientos que dieron lugar a la apelación.

La postura de la mayoría de la Sala de Apelaciones puede traer como resultado que el procedimiento de apelación se extienda en demasía, afectando la celeridad del proceso general, en particular cuando la cuestión en apelación debe ser resuelta para que éste pueda continuar. El hecho de resolver, previo a la presentación de argumentos con respecto al fondo de la cuestión, la pertinencia de la participación de las víctimas, implica, en ocasiones, una dilación la duración del procedimiento que puede afectar los derechos del acusado.

¹⁰⁶ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Primera Instancia I “*Decision on Victims’ Participation*”, ICC-01/04-01/06-1119, 18 de enero de 2008, párr. 113.

¹⁰⁷ “Fiscal v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui”, Sala de Primera Instancia II, “*Decision on the Modalities of Victim Participation at trial*”, ICC-01/04-01/07-1788-tENG, 22 de enero de 2010.

¹⁰⁸ “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, “Sentencia relativa a la apelación del Sr. Thomas Lubanga Dyilo contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada ‘Decisión relativa a la solicitud de puesta en libertad provisional de Thomas Lubanga Dyilo’”, ICC-01/04-01/06-824-tSPA, 13 de febrero de 2007; y “Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo”, Sala de Apelaciones, “*Decision, in limine, on Victim Participation in the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I’s Decision entitled ‘Decision on Victims’ Participation’*”, ICC-01/04-01/06-1335, 16 de mayo de 2008, entre otras.

VI. CONCLUSIONES

Una de las mayores innovaciones del Estatuto de Roma es, sin dudas, la inclusión del derecho de las víctimas a participar en el proceso ante la CPI. Ello constituye un avance desde un concepto absolutamente bipartito del proceso penal, en el que la víctima del crimen ocupa un rol pasivo, hacia un proceso en el que ésta se convierte en uno de sus actores principales. El propio Estatuto de Roma reconoce en su Preámbulo que las víctimas son una de las razones que dan fundamento a la existencia de la CPI¹⁰⁹, vinculando el concepto de justicia penal a la necesidad de dar respuestas a las personas que sufren daños por la comisión de crímenes internacionales. En el mismo sentido, la Conferencia de Revisión del Estatuto, que tuvo lugar en junio de 2010, adoptó una resolución en la que se afirmó que *“entre los componentes esenciales de la justicia se cuentan el derecho de las víctimas al acceso equitativo y eficaz a la justicia, la protección y el apoyo, las reparaciones prontas y adecuadas por los daños sufridos y el acceso a la información sobre las violaciones de las normas internacionales pertinentes y los mecanismos de reparación”*¹¹⁰.

Hasta la creación de la CPI, el sistema de justicia internacional penal estaba en deuda con las víctimas de los crímenes más graves, quienes no encontraban respuestas adecuadas a sus necesidades ni a sus padecimientos. Más allá de las dificultades y desafíos que entraña la participación de las víctimas en un proceso penal internacional, es claro que las víctimas buscaban un foro donde poder contar sus historias y ser escuchadas, y contribuir al proceso de enjuiciamiento de los acusados, foro que, en la mayoría de los casos, no encuentran en los tribunales locales.

Las disposiciones del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba otorgan a la Corte una amplia discrecionalidad para interpretar el alcance del derecho de participación de las víctimas, y ésta la ha ejercido ampliando su alcance, quizás más allá de lo que algunos Estados negociadores imaginaban en la Conferencia de Roma. El razonamiento de la Corte ha estado guiado por el objetivo de lograr una participación significativa para las víctimas que sea, a su vez, respetuosa de los derechos del acusado, equilibrio no siempre sencillo de lograr. Para ello, la Corte ha echado mano de las herramientas que le brinda el propio Estatuto, estableciendo pautas generales sobre las modalidades de participación, pero reservándose siempre la posibilidad de analizar caso por caso.

La Corte ha considerado que las víctimas tienen una voz independiente y que sus intereses no siempre coinciden con los intereses del Fiscal, y en conse-

¹⁰⁹ Preámbulo, segundo párrafo: *“millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”*.

¹¹⁰ Conferencia de Revisión Resolución RC/Res.2. La Conferencia de Revisión incluyó dentro de su “ejercicio de balance” (*stocktaking*) el tema del Impacto del sistema del Estatuto de Roma sobre las víctimas y las comunidades afectadas.

cuencia ha utilizado sus propios poderes para precisar —de forma amplia— la noción de “presentación de opiniones y observaciones”. Ejemplo de ello es el uso del art. 69(3), que la faculta a solicitar todas las pruebas que considere necesarias para la determinación de la veracidad de los hechos, para autorizar a las víctimas a presentar prueba, incluso de naturaleza incriminatoria.

Desde que se abrió la primera investigación en 2004, las salas de la CPI han interpretado y aplicado las disposiciones referidas a la participación de las víctimas, autorizándolas a formar parte del proceso. La Secretaría trabaja en el terreno para vincularse con las comunidades afectadas y acercarlas al sistema de la Corte. Según informaron la Secretaría y el Fondo Fiduciario para las Víctimas, al 31 de marzo se habían recibido 4773 solicitudes de participación, y 2259 habían sido autorizadas por las salas¹¹¹.

Aquello que parecía casi imposible de lograr sin afectar el proceso penal está siendo llevado a cabo —si bien con dificultades— de manera decidida por todos los órganos de la Corte. El análisis de la jurisprudencia muestra que las víctimas, a través de sus representantes legales, participan activamente de todas las etapas del procedimiento presentando sus opiniones, ofreciendo prueba e interrogando a los testigos.

La Corte, haciendo aplicación de las disposiciones que regulan su funcionamiento, y en particular del art. 21(3), se ha convertido en un actor fundamental de la tendencia actual a desarrollar y extender la subjetividad internacional de los individuos, tanto en su esfera activa como en su esfera pasiva¹¹².

Es de esperar que la CPI pueda aprender de la experiencia recabada durante sus primeros años de vida para mejorar la puesta en práctica del derecho de las víctimas a participar, ya que la inclusión de estos actores le otorga al propio mecanismo la legitimidad necesaria para poder seguir desarrollándose.

¹¹¹ *Registry and Trust Fund for Victims Fact Sheet - March 2011*, preparado por la Sección de Participación y Reparaciones de las Víctimas de la CPI. Las Salas han autorizado la participación de las víctimas en todas las situaciones y en todos los casos abiertos hasta el 31 de marzo. No obstante, cabe señalar que más del 50% de ellas participa en el caso “Jean-Pierre Bemba Gombo” (1.312 víctimas autorizadas a participar).

¹¹² Un nuevo desarrollo en esta materia tendrá lugar una vez que comience el primer procedimiento de reparaciones ante la Corte previsto por el art. 75 del Estatuto.

¿LA EFICACIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
EN RIESGO? DIFICULTADES Y CONSECUENCIAS DERIVADAS
DE LA COOPERACIÓN CON LAS JURISDICCIONES
INTERNACIONALES

Por CAROLINA S. ANELLO*

INTRODUCCIÓN

El siglo XX se caracterizó por la creación de un creciente número de tribunales internacionales de naturaleza penal como respuesta a la impunidad frente a la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Para ello, las disposiciones tradicionales de una justicia penal estatal, debieron adaptarse y cubrir nuevas necesidades para que estas jurisdicciones pudieran llevar a cabo el fin para las cuales fueron creadas.

Los tribunales penales internacionales carecen de determinadas potestades para poder llevar a cabo una investigación penal por la comisión de un crimen internacional ocurrido en un Estado diferente del de su sede, donde los supuestos responsables se encuentran en otra jurisdicción, y las víctimas son nacionales de otros Estados. Una de las características principales y comunes de todas ellas, es que se trata de jurisdicciones que requieren de forma ineludible de la cooperación, ya sea de los Estados o de otras organizaciones internacionales, a los fines de poder cumplir con el ejercicio de ciertas medidas coercitivas y jurisdiccionales para la investigación, el enjuiciamiento y la ejecución de la pena, necesarias para que estos tribunales puedan cumplir con sus funciones.

Esto puede observarse, en mayor medida, a partir de la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, crea-

* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. El presente trabajo se enmarca en las tareas de investigación que se llevan a cabo en el marco del doctorado de la Universidad de Buenos Aires. En gran medida la redacción de este artículo se llevó a cabo gracias a la “Beca René H. Thalmann” de la Universidad de Buenos Aires, que me permitió asistir como Investigadora Visitante al Instituto de Ciencias Criminales, Departamento de Derecho Penal extranjero e internacional de la Catedra de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Penal Internacional de la Universidad de Göttingen, Alemania, desde octubre a diciembre de 2009.

dos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante “el Consejo” o “CS”), y luego, con el establecimiento de la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI” o “la Corte”) que marcó un desarrollo importante en lo que hace a la cooperación internacional.

Por estos motivos, el objetivo de este trabajo consiste en analizar, a partir del estudio de la normativa y jurisprudencia de los tribunales internacionales, el alcance de las obligaciones de cooperar de los Estados con esas jurisdicciones y la necesidad de fortalecer el sistema de cooperación. En especial, en los supuestos de la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad de acuerdo a lo establecido por el art. 13. b. del Estatuto, como por ejemplo en el caso de la Resolución 1593 (2005) sobre Darfur, Sudán.

Con esta finalidad, importa primero establecer el valor de la cooperación internacional para el funcionamiento de las jurisdicciones internacionales. Luego, se analizará la normativa aplicable en el caso de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional con respecto al régimen de cooperación estipulado en sus estatutos, y el alcance de esas obligaciones que surgen tanto para los Estados partes como no partes. Con esta estructura, mediante el estudio de la práctica, en especial, de la Corte Penal Internacional, se podrá por último distinguir las dificultades que surgen en torno al incumplimiento de las medidas de cooperación solicitadas a los Estados y las consecuencias que ello podría traer aparejado.

I. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL COMO HERRAMIENTA PARA DAR EFICACIA AL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Los Estados desarrollaron la cooperación internacional en materia penal para facilitar el juzgamiento por sus tribunales, por ejemplo, en aquellos casos en que las personas objeto de investigación se encontraran fuera de su jurisdicción. Se trata de un mecanismo que permite el auxilio recíproco en la búsqueda y entrega de personas acusadas de incurrir en conductas consideradas ilícitas o la obtención de pruebas a los fines de posibilitar el juzgamiento por sus tribunales¹. La forma más antigua de cooperación es la que se desarrolla entre Estados y el ejemplo más clásico es la extradición. Con la creación de jurisdicciones internacionales de naturaleza penal, con capacidad para juzgar a individuos por la comisión de crímenes internacionales se desarrollaron nuevas necesidades y con estas, se amplió el ámbito de la cooperación internacional. A partir de ese momento, ésta no sólo se da entre Estados sino también entre un Estado y una jurisdicción internacional (como un Estado y tribunales penales internacionales), o bien, entre una jurisdicción internacional y una organización internacional (como la Corte Penal Internacional y la Organización de las

¹ GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Elementos del derecho internacional penal*, Buenos Aires: De los Cuatro Vientos, 2003, p. 245.

Naciones Unidas). En el presente trabajo, se desarrollará la relación que se da entre un Estado y un tribunal penal internacional.

Estas jurisdicciones van a tener características similares en lo que hace a la investigación, el enjuiciamiento y la ejecución de la pena. Por su falta de pertenencia a un sistema penal determinado de un Estado soberano, estos tribunales internacionales van a carecer de la capacidad para ejecutar sus decisiones, por no contar con una fuerza de policía y un sistema carcelario propio. Para todo ello, dependerán de las autoridades nacionales², más aún, si se tiene en cuenta que se trata de mecanismos que se encuentran en una jurisdicción distinta del lugar donde se cometieron los hechos ilícitos o del Estado de nacionalidad del autor del crimen o de sus víctimas.

Esto dificulta a los tribunales internacionales el ejercicio de ciertas medidas coercitivas y jurisdiccionales, como ser, las órdenes de arresto, la detención y entrega del acusado, la recopilación del material probatorio, la declaración de testigos, el registro de lugares donde presuntamente se hayan cometido los crímenes y la asistencia judicial a las personas protegidas (testigos/víctimas), entre otras medidas³, las cuales deberán ser ejercidas por los propios Estados.

Los Estados son los principales responsables de cumplir con la normativa internacional, por la que voluntariamente se hubiesen obligado y, en determinados casos y de acuerdo a los distintos ordenamientos jurídicos, ese cumplimiento debe hacerse mediante la adaptación de su derecho interno al internacional.

Más allá de la forma en que cada Estado decida resolver esta incorporación, y la consecuente jerarquía que el ordenamiento interno le otorgue al Derecho Internacional, para este último lo importante es que los Estados cumplan con las obligaciones que han asumido en ese ámbito⁴. De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados no pueden alegar su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación internacional⁵.

Por ello, la falta de adaptación de la norma interna a la internacional por la que se pactó brindar cooperación y asistencia judicial podría traer aparejada dificultades jurídicas y prácticas a los Estados en sus ámbitos internos a la par

² TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München: Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 10.

³ CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 2008, p. 346. Ver también: CASSESE, A., "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary reflections", *European Journal of International Law*, vol. 10 (1), 1999, p. 164.

⁴ MONCAYO, G.R., VINUESA, R. y GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T., *Derecho internacional público*, t. 1, Buenos Aires, Zavalia, 1997, ps. 53 a 71. También en: GUTIÉRREZ POSSE, H.D.T., *Guía para el conocimiento de los elementos de derecho internacional público*, Buenos Aires, La Ley, 2003, ps. 73 a 87.

⁵ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada en Viena el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980, arts. 27 y 46.

que al mismo tribunal, para que éste ejerza eficazmente la función para la que se lo creó.

En este contexto, la cooperación internacional no es un tema menor a la hora de evaluar el funcionamiento de estas jurisdicciones, ya que serán los propios Estados o las organizaciones internacionales los que actúen como brazo ejecutor de aquellas⁶.

A continuación, se analizará el sistema de cooperación establecido en algunos de estos tribunales internacionales para establecer las obligaciones que surgen de sus estatutos y quienes se encuentran vinculados por esas normas.

II. EL RÉGIMEN DE COOPERACIÓN EN LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Tal como ha sido explicado, la cooperación y asistencia judicial de los Estados constituye una de las bases sobre las cuales se apoya el funcionamiento de las jurisdicciones internacionales y uno de los mayores retos que atraviesa el Derecho Internacional Penal. Si bien existen diversos tribunales internacionales de naturaleza penal, entre los que se encuentran los tribunales internacionalizados o de carácter mixto, el análisis de este trabajo se centrará en el estudio del régimen de cooperación establecido en los Estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y en el de la Corte Penal Internacional.

a) Tribunales penales internacionales ad hoc

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante CS) determinó formalmente que las situaciones en el territorio de la ex Yugoslavia⁷ y en Ruanda⁸ constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacional y en consecuencia, creó dos tribunales internacionales *ad hoc* (en adelante el TPIY y el TPIR), de acuerdo a las facultades que le otorga el capítulo VII de la Carta

⁶ RASTAN, R., "The responsibility to enforce- Connecting justice with unity", en STAHN, C. y SLUITER G. (ed.), *The Emerging Practice or the International Criminal Court*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 163.

⁷ UN Doc. S/RES/808 (1993), 22 de febrero de 1993 y UN Doc. S/RES/827 (1993), del 23 de mayo de 1993. El Consejo de Seguridad decidió establecer el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. El tribunal tiene competencia para conocer en 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.

⁸ UN Doc. S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994. Por la que se estableció 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.

de la Organización de Naciones Unidas (en adelante “la Carta”) como una medida que no implica uso de la fuerza, mediante una resolución de carácter de obligatoria para todos los Estados miembros de conformidad con el art. 25 de la Carta.

La resolución del CS y los Estatutos constitutivos de ambos tribunales establecen la obligación a los Estados a “cooperar plenamente” en la búsqueda y en los juicios de aquellas personas acusadas de haber cometido los crímenes de su competencia y responder sin demora a toda demanda de cooperación y asistencia judicial⁹. Esa obligación de cooperar prevalece por sobre las normas nacionales sobre extradición¹⁰.

Ello fue confirmado por la Cámara de Apelaciones del TPIY, en el caso “Blaskic”¹¹, quien expresó que este tribunal depende de la cooperación de los Estados y que en consecuencia, necesita de poderes coercitivos en el caso que los Estados se nieguen a cooperar, en forma contraria a sus obligaciones previstas en el art. 25 de la Carta de la ONU, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante ETPIY) y en los Acuerdos de Dayton. De esta forma, lo dispuesto en estos Estatutos respecto de la cooperación reproduce el sistema vertical o supranacional.

Para que esto sea posible, los Estados deberán tomar las medidas necesarias conforme su derecho interno para poder aplicar lo dispuesto en la resolución y en los Estatutos, sobre todo para poder cumplir con las solicitudes de cooperación y asistencia del tribunal¹².

Como ejemplo, cabe mencionar el caso de Milan Lukic. En ocasión de una orden de arresto emanada vía Interpol por el TPIY, nuestro país se encontró en esta situación cuando el 8 de agosto de 2005, la Policía Federal Argentina detuvo a Milan Lukic de acuerdo a ese pedido de captura internacional a quien se le imputaba violaciones de las leyes o usos de guerra y crímenes de lesa humanidad¹³.

La República Argentina hasta ese momento no había adoptado ninguna ley que regulase las medidas de cooperación con tribunales internacionales¹⁴ y el juez que intervino en la causa debió decidir cual sería la norma aplicable en este caso. A pedido del Fiscal y por aplicación de la ley de Cooperación

⁹ ETPIY, art. 29 y ETPIR, art. 28.

¹⁰ Reglas de Procedimiento y Prueba, UN Doc. IT/32/Rev. 45, (enmendadas el 8 de diciembre de 2008), Regla 58 sobre la extradición de nacionales.

¹¹ “Fiscal v. T. Blaskic”, Sala de Apelaciones, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997 (29 de octubre de 1997), Caso nro. IT-95-14, párr. 26.

¹² ETPIY, párr. 4º y ETPIR, párr. 2º.

¹³ En el marco del expediente del TPIY, “Fiscal v. M. Lukić & S. Lukić” (IT-98-32/1), “Višegrad”.

¹⁴ El 5 de enero de 2007, se adoptó la Ley 26.200 que implementa el Estatuto de la Corte Penal Internacional (B.O. 09-01-2007).

Internacional en Materia Penal¹⁵, éste solicitó que el pedido de cooperación sea resuelto directamente por el Poder Ejecutivo, mientras que el juez sostuvo la necesaria intervención del Poder Judicial para proteger las garantías constitucionales del requerido. Esta ley contiene disposiciones que regulan las relaciones entre Estados cuando no medie un tratado bilateral vigente, por lo tanto al no ser este el supuesto en estudio, el tribunal interviniente debió analizar la norma aplicable a los fines de resolver la entrega de Lukic al TPIY y el pedido de extradición librada por el Juzgado de Primera Instancia de Belgrado, Estado de Serbia y Montenegro, por el delito de crimen de guerra contra la población civil¹⁶. Así, el juez decidió analizar el caso a la luz de la norma internacional e interna, y aplicó la Resolución 827 del CS y las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, aplicando la ley nacional para todo aquello que no estaba previsto en aquéllas, como la verificación de los requisitos contenidos en el pedido de entrega, los derechos que atañen al requerido y las potestades del tribunal nacional para fijar ciertos recaudos. El acusado manifestó ser la persona requerida por el TPIY y prestó su consentimiento para ser trasladado a ese tribunal internacional de la manera más rápida posible y refirió que no quería ser extraditado a Belgrado.

En el caso se distinguieron las dos solicitudes entendiendo que no se trataba de dos pedidos de extradición concurrentes de acuerdo a la ley nacional. Así, resolvió hacer lugar a la solicitud de traslado y entrega cursada por el TPIY respecto de Milan Lukic, para que sea juzgado en la sede de ese tribunal, entendiendo que la resolución, por la cual fue creado por el Consejo de Seguridad conforme las facultades que le otorga el cap. VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, resultaba obligatoria para la Republica Argentina. De esta manera, entendió que debía ejecutar los pedidos del TPIY y que éstos prevalecían sobre cualquier otra disposición dado que su incumplimiento generaría responsabilidad internacional al Estado¹⁷.

A su vez, el tribunal resolvió la entrega de Lukic al TPIY, con la prohibición de que el nombrado sea reenviado a otro lugar no autorizado en la decisión para ser encausado, perseguido ni molestado, sin previa autorización del Estado Argentino, por hechos anteriores y distintos a los constitutivos de los delitos por los que se solicitara su entrega¹⁸.

¹⁵ Ley 24.767, Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (B.O. 16-01-1997) y su Decreto 420/03.

¹⁶ Contemplado por el art. 142 del Código Penal de Yugoslavia.

¹⁷ ETPIY, arts. 9 y 29 y la Regla. 58. Esta última dispone que: “las obligaciones enunciadas en el art. 29 del Estatuto, prevalecerán sobre todos los obstáculos legales o tratados de extradición de los que el Estado en cuestión formara parte o que se pudieran oponer a la entrega o traslado de un acusado al tribunal...”.

¹⁸ Cfr. Causa 11807/2005, caratulada “Lukic, Milan s/captura” del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 8 de la Capital Federal, Secretaría nro. 16.

La solución adoptada por la República Argentina en este caso, suple en cierta medida la dificultad que podría generarse debido a la falta de adaptación de las normas internacionales al derecho interno para el efectivo cumplimiento de las medidas de cooperación. Por lo tanto, el instrumento que los instituyó condiciona en cierta medida la relación entre los Estados y los tribunales internacionales.

b) La Corte Penal Internacional

A los fines de establecer el régimen de cooperación previsto en el Estatuto de Roma, resulta necesario hacer una breve reflexión acerca de los proyectos anteriores a la creación de la Corte Penal Internacional, las negociaciones sobre la cooperación internacional en la Conferencia de Roma y, finalmente el sistema establecido para el funcionamiento de este tribunal internacional.

i) Antecedentes y proceso de creación

Antes de la Primera Guerra Mundial, la represión por la comisión de crímenes de guerra correspondía a las jurisdicciones internas¹⁹, aunque ya en 1864 se puede mencionar una de las primeras propuestas para establecer una instancia internacional que pueda juzgar aquellas violaciones al Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Sin embargo, esta iniciativa no se llevó a cabo. En 1919, el Tratado de Paz de Versalles reconoció la responsabilidad individual del Kaiser Guillermo II “por ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”²⁰ y su juzgamiento por un tribunal internacional que nunca se estableció, ya que las autoridades de los Países Bajos negaron la extradición del imputado por delito político. Por su parte, el gobierno alemán debía entregar en manos de las potencias aliadas a todos los individuos acusados de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de guerra, pero esto tampoco se aplicó porque los Aliados renunciaron a su jurisdicción a favor de la Corte Alemana de Leipzig. En 1937, se adoptó una Convención para la creación de una Corte Penal Internacional bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones pero ésta no entró en vigor. Recién a mediados del S. XX

¹⁹ Por ejemplo, el art. 71 de las Instrucciones Militares de los Estados Unidos de 1863, el llamado Código Lieber, contenía una disposición que establecía la jurisdicción interna para la determinación tanto de la infracción como de la sanción, sobre la base de que si el Estado beligerante sanciona las infracciones a las leyes de la guerra cometidas por sus tropas, tiene el derecho de reprimir los actos de la misma naturaleza cometidos por soldados enemigos. Ver en: Gutierrez Posse, Hortensia D.T., “La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario – los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio- la responsabilidad penal individual”, en Comité Internacional de la Cruz Roja, febrero 2001. Disponible en la página web: <http://www.icrc.org>.

²⁰ Tratado de Versailles, art. 227.

puede mencionarse el primer tribunal internacional que se creó al finalizar la Segunda Guerra Mundial cuando Estados Unidos, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas firmaron en Londres, el 8 de agosto de 1945, el Acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del Eje Europeo, al que se anexó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. 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 Oriente²¹. Ambos tribunales juzgaron y condenaron a los jefes y altos cargos militares de Alemania y Japón.

En 1948, por iniciativa de la Organización de Naciones Unidas, se adoptó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio. Ésta dispone que las personas acusadas de genocidio puedan ser juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio se cometió ese crimen o por la Corte Penal Internacional. Al mismo tiempo, la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (en adelante “CDI”) preparar un proyecto de estatuto para una corte penal internacional y un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad²². La CDI trabajó ambos proyectos, y en 1950 estableció un Comité que redactó un proyecto de estatuto de una jurisdicción internacional de carácter permanente, el que fue transmitido a los Estados para su consideración²³.

La Comisión presentó su informe con el proyecto de Código en 1954, aunque su labor fue suspendida por la Asamblea General, como consecuencia de las tensiones internacionales que trajo consigo la Guerra Fría, hasta 1981 en que solicitó a la Comisión que reanudase la labor encomendada²⁴.

A partir de dos hechos puntuales -esto es, la iniciativa de Trinidad y Tobago en 1989 de establecer una corte penal internacional para combatir el tráfico de drogas, y el establecimiento de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* se dio impulso a la creación de una corte penal internacional de carácter permanente.

En 1994, la Comisión de Derecho Internacional presentó el proyecto de estatuto a la Asamblea General. Esto dio lugar a la creación de un Comité Especial, que tenía el propósito de examinar los aspectos de fondo y administrativos del proyecto elaborado por la Comisión y considerar los arreglos

²¹ 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. nro. 82, nro. 251, ps. 285 y ss. Puede consultarse en: www.icrc.org. A su vez, referencias sobre este tratado y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, pueden consultarse en M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, ps. 1/40.

²² Asamblea General, A/ 260 B (III).

²³ Asamblea General, A/ 489 (V).

²⁴ Asamblea General, A/36/106.

necesarios para convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para que lo examinase²⁵. La Comisión se sustituyó por un comité preparatorio que completó el texto del proyecto de estatuto²⁶, que luego se analizó en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, donde se adoptó el Estatuto mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional²⁷. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002, al contarse con las 60 ratificaciones necesarias de conformidad con lo establecido en su art. 126²⁸.

Así, con los dos claros objetivos de hacer frente a la necesidad de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, y de contribuir a la prevención de nuevos crímenes²⁹, es que se dio nacimiento a la Corte Penal Internacional, complementaria de las jurisdicciones penales nacionales³⁰ y facultada para juzgar a los individuos que presuntamente hayan cometido crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio o agresión³¹.

ii) El régimen de cooperación en el Estatuto de Roma

En cuanto al sistema de cooperación establecido en el Estatuto de Roma, las delegaciones negociadoras del texto debían decidir el modelo que utilizarían para regularlo. Entre las alternativas, puede distinguirse entre el sistema horizontal y el vertical³². El primero corresponde a la cooperación jurídica tra-

²⁵ Res. 49/53 del 9 de diciembre de 1994 de la Asamblea General.

²⁶ Res. 50/46 del 11 diciembre de 1995 de la Asamblea General.

²⁷ U.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.

²⁸ Al 30 de mayo de 2011, el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuenta con 139 Estados signatarios y 115 Estados partes.

²⁹ Estatuto de la CPI, preámbulo párrs. 4º y 5º.

³⁰ Estatuto de la CPI, art. 1º y art. 17.

³¹ Estatuto de la CPI, art. 5º.

³² CASSESE, A., "The Statute of the International Criminal Court...", cit. 3, p. 164. Sobre cooperación "horizontal" y "vertical" ver: MALAGUTI, M. C., "Article 88 of the Rome Statute: 'Horizontal' versus 'vertical-cooperation'", en MALAGUTI, M. C. (ed.), *ICC and international cooperation in light of the Rome Statute*, Lecce: Argo, 2007, AMBOS, K., "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", en AMBOS, K., MALARINO, E. y WOISCHNIK, J. (eds.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación y la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2006, ps. 34 y ss.; KAUL, H. P. y KREB, C. "Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: principios y compromisos", en AMBOS, K. (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, ps. 318 y ss.; KARAYÁN, M., "La cooperación con una Corte Penal Internacional permanente", en AMBOS, K. (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 343 y ss.; TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute...*, cit. 2, ps. 1507 y ss.

dicional que se da en materia penal entre Estados³³. En este sentido, los Estados realizan la cooperación requerida de forma voluntaria, por lo que un tribunal internacional no podría obligarlos a cooperar, y de esta forma, el ejercicio del poder coercitivo queda en manos de la soberanía de cada Estado. En cuanto al segundo modelo, se hace referencia a la existencia de una estructura vertical donde prevalece la jurisdicción internacional penal sobre el Estado. De esta manera, ésta tiene la capacidad para obligar a los Estados a cooperar, sin que éstos puedan eximirse en virtud de la protección de intereses nacionales, y en la que los Estados están entre sí en el mismo pie de igualdad. Como hemos visto, este modelo es el seguido por los tribunales *ad hoc*.

En la Conferencia de Roma, el tema de la cooperación internacional generó posiciones encontradas entre los Estados partidarios de la Corte, que abogaban por una nueva forma de cooperación que pudiera estar a la altura de la posición especial de la CPI y apoyaban la idea de una obligación jurídica inequívoca frente a un pedido de la Corte; y la postura de los Estados más escepticos, que partían del derecho interestatal tradicional de extradición y asistencia judicial. La mayoría sostenía que la cooperación solicitada por la Corte a los Estados partes debía ser obligatoria pero luego, las discusiones se centraron en el alcance que tendría esa obligación³⁴.

Finalmente, como resultado de la negociación, se incorporó un capítulo sobre cooperación internacional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional donde los Estados partes asumen una obligación general de cooperar plenamente en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de la competencia del tribunal internacional³⁵. A su vez, el tratado dispone obligaciones específicas en materia de entrega de personas³⁶ y medidas de asistencia judicial³⁷. Más aún, el régimen de cooperación se utiliza también, para la ejecución de las penas³⁸ y los delitos de administración de justicia³⁹.

En este marco, la cooperación internacional se distingue de la asistencia judicial, en cuanto la primera de ellas se centra en el poder coercitivo del Estado, como la detención y entrega de personas, mientras que la segunda, se trata de la asistencia requerida por la Corte en relación con investigaciones o

³³ En Argentina se aplica la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal, salvo que existan acuerdos bilaterales de extradición.

³⁴ MOCHOKO, P., "International Cooperation and Judicial Assistance", en LEE, R. *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, ps. 306-307; AMBOS, KAI "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma", en ARBOUR, L. - ESER, A., AMBOS, K., SANDERS, A. (eds.), ps. 81 a 120 y KREB, C., "Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute", *Eur.J.Crime.Cr.L.Cr.J.*, 6/4, 1998, ps. 126-/144.

³⁵ Estatuto de la CPI, art. 86.

³⁶ Estatuto de la CPI, art. 89.

³⁷ Estatuto de la CPI, art. 93.1.

³⁸ Estatuto de la CPI, Capítulo X.

³⁹ Estatuto de la CPI, art. 70.

enjuiciamientos penales, tales como la recolección de pruebas, identificación y búsqueda de personas u objetos, notificación o transmisión de documentos, protección a víctimas y testigos, que en el Estatuto de Roma se menciona como “otras formas de cooperación”.

La cooperación resulta tan importante que en el Estatuto de Roma se prevé un mecanismo flexible⁴⁰ de consultas tendientes a resolver los obstáculos o impedimentos que le puedan surgir al Estado frente a un requerimiento de la Corte⁴¹. El objetivo fundamental es que la medida solicitada por la Corte efectivamente se cumpla.

Para que esto sea posible, los Estados deben asegurarse que en su derecho interno existan los procedimientos necesarios para cumplir con las medidas solicitadas por la Corte. Esto significa, que del propio tratado surge la obligación de adecuar las normas del Estatuto al derecho interno⁴², ya que a lo largo de su texto pueden observarse continuas medidas que deberán realizarse conforme la legislación interna del Estado requerido, como por ejemplo en lo que hace a la entrega de personas⁴³.

iii) Medidas de cooperación: Detención y entrega de personas

En cuanto a las solicitudes de cooperación, el Estatuto establece que éstas se formularán vía diplomática o por intermedio de Interpol, redactada en un idioma oficial del Estado requerido o acompañados de una traducción a ese idioma o a uno de los idiomas de trabajo de la Corte. Se prevé el carácter confidencial de toda solicitud de cooperación y de los documentos que la justifiquen, con la sola excepción de que su divulgación sea necesaria para tramitarla⁴⁴.

La Corte tendrá la facultad de solicitar la detención y entrega de una persona objeto de una investigación o acusada de la comisión de un crimen de su competencia a cualquier Estado parte en cuyo territorio pueda hallarse esa persona⁴⁵. Para hacer efectivo este pedido de la Corte, los Estados deberán actuar conforme su derecho interno cumpliendo con ciertos requisitos que aseguren el respeto de los derechos fundamentales del detenido, quien a su vez, podrá solicitar su libertad provisional mientras se realiza el procedimiento de entrega al tribunal⁴⁶. El Estatuto también considera el caso en que el Estado parte re-

⁴⁰ MIGUEL ZARAGOZA, J., “Cooperación internacional y asistencia judicial entre los Estados y la Corte”, en YÁÑEZ BARRIONUEVO, J. A. (coord.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro internacional sobre justicia penal internacional*, Madrid, Ed. Casa de América, 2001, ps. 207.

⁴¹ Estatuto de la CPI, arts. 72, 89, 93 y 97.

⁴² Estatuto de la CPI, art. 88.

⁴³ Estatuto de la CPI, arts. 59 y 89.

⁴⁴ Estatuto de la CPI, art. 87.

⁴⁵ Estatuto de la CPI, arts. 58, 59 y 89.

⁴⁶ Estatuto de la CPI, art. 59.5.

ciba una solicitud de entrega de la Corte y una solicitud de extradición de otro Estado de la misma persona, pero por la comisión de diferentes delitos. En este caso, si el Estado requerido no está obligado por ninguna norma internacional con el Estado requirente, dará prioridad a la solicitud de entrega de la Corte. Ahora bien, si el Estado requerido se encuentra obligado por una norma internacional a conceder la extradición, éste decidirá si da prioridad a la Corte o la extradita al Estado requirente teniendo en cuenta los factores enumerados en el articulado del Estatuto⁴⁷.

Sin embargo, la Corte no dará curso a una solicitud de entrega en dos supuestos; cuando su cumplimiento por el Estado requerido entrañe una violación a obligaciones contraídas con un tercer Estado en materia de inmunidades, salvo que éste renuncie previamente a invocar esa inmunidad⁴⁸; o cuando el Estado requerido deba actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado⁴⁹.

De acuerdo a esta última disposición, el Estatuto tiene como objetivo respetar los acuerdos bilaterales preexistentes entre Estados, no exigiendo al Estado requerido que incumpla las obligaciones derivadas del Derecho Internacional⁵⁰.

En este sentido, la solución adoptada por el Estatuto difiere de la establecida en el caso de los tribunales *ad-hoc*. Así, en el caso de concurrencia de solicitudes en la entrega de una persona requerida por el tribunal y la extradición solicitada por otro u otros Estados, el primero tendrá primacía con respecto a los tribunales nacionales. Esta obligación de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas se sustenta, tal como se ha expresado con anterioridad, en una resolución del Consejo de Seguridad con base en el cap. VII de la Carta y, por

⁴⁷ Estatuto de la CPI, art. 90.6.

⁴⁸ Estatuto de la CPI, art. 98.1.

⁴⁹ Estatuto de la CPI, art. 98.2.

⁵⁰ En base a esto y como consecuencia de la postura que sostuvo el gobierno de Estados Unidos de América frente a la CPI, con la finalidad de que este tribunal no juzgue a sus nacionales, este Estado adoptó la "American Service Members Protection Act of 2000" (ASPA). Esta ley permitía suprimir la ayuda militar a los aliados que se nieguen a garantizar la inmunidad de los estadounidenses, y condiciona su ayuda militar a la firma de un tratado bilateral, por el que el país receptor se compromete a no entregar nunca a un ciudadano estadounidense ante la Corte. El objetivo de esta norma es que el mayor número de países posible firme acuerdos bilaterales que los comprometan a no entregar a ciudadanos norteamericanos para ser juzgados por la Corte. Información acerca de la posición de Estados Unidos y la Corte Penal Internacional puede encontrarse en: WEDWOOD, R., "The International Criminal Court: An American View", *European Journal of International Law*, 10, 1999, ps. 93-107; HAFNER, G., BOON, K., RÜBESAME, A. y HUSTON, J., "A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood", *European Journal of International Law*, 10, 1999, ps. 108 a 123; ZWANENBURG, M., "The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?", *European Journal of International Law*, 10, 1999, ps. 124 a 143. La evolución sobre el tema se puede consultar en: <http://www.iccnw.org/>.

este mismo motivo, es que su petición de entrega de una persona acusada de haber cometido un crimen de competencia de los tribunales tendrá preferencia sobre cualquier compromiso convencional⁵¹.

iv) Medidas de asistencia judicial: otras formas de cooperación

El Estatuto regula además otras formas de cooperación⁵², refiriéndose a las medidas necesarias para producir pruebas y otras destinadas a facilitar la investigación y enjuiciamiento. En estos casos el Estado puede negarse a cumplir si alegase que la medida pone en juego su seguridad nacional⁵³ o que se trata de una medida prohibida en derecho interno⁵⁴.

En cuanto a las solicitudes de cooperación, la Corte Penal Internacional también podrá requerir información o documentos a una organización intergubernamental, así como también podrá solicitar otras formas de cooperación y asistencia que se hayan acordado con cualquiera de esas organizaciones, de conformidad con su competencia o mandato⁵⁵.

En relación con estas tareas auxiliares para la investigación y el enjuiciamiento, el Estatuto no establece una relación unilateral de los Estados para con la Corte, sino una relación de reciprocidad, ya que la Corte podrá prestar asistencia a los Estados partes o no del Estatuto⁵⁶, relación que en doctrina se denomina de cooperación inversa o en inglés *Reverse cooperation*⁵⁷. Esta disposición, en la que se permite que la Corte comparta cierta información, beneficia a los Estados y evita la duplicación de esfuerzos y recursos, aunque aquella no se encuentra obligada a cooperar⁵⁸.

El régimen de cooperación se completa con el sistema establecido para los delitos contra la administración de justicia⁵⁹ y el dispuesto para la ejecución

⁵¹ Carta de la ONU, art. 103.

⁵² Estatuto de la CPI, art. 93.

⁵³ Estatuto de la CPI, arts. 72 y 93.4.

⁵⁴ Estatuto de la CPI, art. 93.3.

⁵⁵ Estatuto CPI, art. 87.6.

⁵⁶ Estatuto CPI, art. 93.10.c y RPP 194.

⁵⁷ De conformidad con esta norma, un Estado podría solicitar a la Corte documentación, declaraciones y pruebas que esta haya obtenido para ser utilizado en la investigación y/o enjuiciamiento que se lleven a cabo en los tribunales nacionales. GIOGIA, F., "Reverse cooperation» and the architecture of the Rome Statute: a vital part of the relationship between states and the ICC", en MALAGUTI, M. C. (ed.), *ICC and international cooperation in light of the Rome Statute*, Lecce: Argo, 2007, p. 75 y ss.

⁵⁸ TRIFFTERER, O., *op. cit.* 2, 2008, ps. 1586/1587.

⁵⁹ Estatuto de la CPI, art. 70 y RPP 162. El Estatuto prevé que se regirán por el derecho interno del Estado requerido, y estos son: a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad; b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas; c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba; d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para

de las penas⁶⁰. Frente a la falta de un sistema carcelario propio, los Estados garantizarán la ejecución de las penas impuestas por la Corte mediante sus instituciones judiciales y penitenciarias a través de un acuerdo celebrado a tal efecto. De este modo, los Estados partes, de forma voluntaria cooperarán con la ejecución de las penas privativas de libertad, mientras que la Corte tendrá funciones de decisión y supervisión. Éste sistema es el mismo que el implementado en los Estatutos de los tribunales *ad-hoc*⁶¹.

Una vez cumplida la pena, cuando el condenado no sea nacional del Estado de ejecución, este último, de conformidad con su derecho interno, podrá trasladar a esa persona a un Estado que esté obligado o haya aceptado recibirlo, teniendo en cuenta si el condenado quiere ser trasladado a éste, a menos que el Estado de ejecución lo autorice a permanecer en su territorio⁶².

Por todo lo expuesto, el régimen de cooperación establecido en el caso de la CPI, puede ser entendido como un sistema *sui generis* y así puede interpretarse con la incorporación en el Estatuto de las definiciones de los términos “entrega” y “extradición”, haciendo la distinción entre el procedimiento del Estatuto de Roma y el de los tratados internacionales de la clásica “extradición”. La primera se da entre la Corte Penal Internacional y los Estados, mientras que la segunda, sólo entre estos últimos⁶³.

De acuerdo a este régimen complejo de cooperación establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a continuación analizaremos las consecuencias frente al incumplimiento de esas normas, y el alcance de estas obligaciones para aquellos Estados partes y no partes en ese tratado.

III. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN

Tal como se ha expuesto, la cooperación resulta esencial para la actividad de la Corte, y a los fines de contribuir al efectivo cumplimiento de las medidas requeridas por este tribunal, se estableció un mecanismo de consultas tendientes a resolver las dificultades por las cuales el Estado en cuestión no pueda cumplir con esa solicitud.

En el caso que un Estado se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la instancia internacional, el Estatuto distingue en sus disposiciones cuando se trate de un Estado parte y de un Estado no parte. En el primero de los casos, la Corte tiene la facultad de constatar que efectivamente

obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida; e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.

⁶⁰ Estatuto de la CPI, Parte X.

⁶¹ ETPIY, arts. 27 y 28 y ETPIR, art. 26.

⁶² Estatuto de la CPI, art. 107.

⁶³ Estatuto de la CPI, art. 102.

no se cumplió con un requerimiento que ella misma haya solicitado a la autoridad nacional y, una vez confirmado ese incumplimiento, remitirá esa cuestión a la Asamblea de los Estados partes (en adelante “AEP”)⁶⁴ o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese enviado el asunto objeto de la investigación a la Corte⁶⁵. La misma solución podría inferirse si el no cumplimiento por parte de un Estado se debiese a la prohibición dispuesta en su propia legislación para realizar la medida solicitada por la Corte⁶⁶.

Con respecto a esto último, en la práctica podrían surgir una serie de dificultades provenientes de aquellas medidas de cooperación que se realicen de conformidad con el derecho interno cuando el Estado en cuestión no haya cumplido con la obligación dispuesta en el Estatuto de adecuar la norma internacional a su legislación nacional. Como por ejemplo, con relación a la detención y entrega, cuando la persona requerida por la CPI, sea detenida en el territorio de un Estado parte, el Estatuto prevé que esta deberá ser llevada sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinará si de conformidad con el derecho interno la orden le es aplicable, si la detención se llevó a cabo de acuerdo a esas normas y si se han respetado los derechos del detenido. En este caso, ¿que ocurriría si no se hubieran respetado los derechos del acusado y el Estado en cuestión hubiera decidido liberar al detenido y no entregarlo a la CPI? El Estatuto no prevé un mecanismo de revisión de la decisión de la autoridad judicial y aunque este tipo de obstáculos podrían ser resueltos mediante consultas con el Estado que haya negado la entrega de la persona buscada por la CPI, esto no garantiza el efectivo cumplimiento de lo solicitado por el tribunal internacional.

Por lo tanto, en este u otro caso, las medidas que podrá adoptar la AEP como consecuencia de la falta de cooperación de un Estado parte, serán de índole económico o político, tales como restringir la capacidad de voto a ese Estado o incrementar la cuota presupuestaria en beneficio de la Corte u otra sanción económica. En el caso en que la situación en que se haya constatado un incumplimiento de las obligaciones de cooperación por un Estado parte, haya sido remitida por el Consejo de Seguridad, será éste órgano quien está facultado para tomar las medidas que estime correspondiente de conformidad con la Carta de Naciones Unidas.

En cuanto a los Estados no partes en el Estatuto de Roma, éstos podrán firmar una declaración aceptando la competencia de la Corte para una situación concreta. Así, el Estado estará obligado por las normas del Estatuto y deberá

⁶⁴ Estatuto de la CPI, art. 112. La Asamblea de Estados partes se integra con un representante por cada Estado parte, y los Estados signatarios del Estatuto o del Acta Final podrá actuar como observadores.

⁶⁵ Estatuto de la CPI, art. 87.7. El procedimiento de constatación y de incumplimiento está regulado por las normas 108 y 109 del Reglamento de la Corte.

⁶⁶ AMBOS, K., MALARINO, E. y ESNER, G. (ed.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2007, p. 586.

cooperar con la Corte sin demora ni excepción de acuerdo a la Parte IX⁶⁷, por lo tanto en caso de incumplimiento regirían las mismas disposiciones que para los Estados miembros de ese tribunal internacional.

La Corte también podrá requerir de un Estado no parte una medida de asistencia para la investigación en un caso determinado. En ese supuesto, la Corte podrá “invitarlo” a prestar esa asistencia judicial sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera adecuada. El reglamento de la Corte regula dos tipos de acuerdos de cooperación *ad hoc*: aquellos en que se establezca un marco general de cooperación para los asuntos de competencia de más de un órgano de la Corte, los que serán negociados bajo la autoridad del presidente; y los que se celebren con cada uno de los órganos de la Corte respecto a una medida de cooperación determinada⁶⁸.

En estos casos, si los Estados no partes en el Estatuto no cumplieren con la medida requerida por la Corte conforme esos acuerdos *ad hoc*, ésta podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados partes, cuando la situación haya sido iniciada por un Estado o por el Fiscal de oficio, o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto⁶⁹. Aquí, la Corte sólo “informa” sobre el incumplimiento a la Asamblea de Estados partes o al Consejo de Seguridad, por lo que habría que considerar cuál sería entonces el alcance que tendría la actuación de éstos órganos al confirmar la falta de cooperación. Aunque se trate de Estados no partes en el Estatuto de Roma, si se informa al Consejo de Seguridad sobre el incumplimiento de las obligaciones de cooperar, éste órgano de acuerdo a las facultades que le confiere la Carta de Naciones Unidas podría adoptar medidas que impliquen o no el uso de la fuerza, de conformidad con el cap. VII de la Carta, decisión que sería obligatoria para todos los Estados miembros de la organización. Distinto es el caso del reenvío de estas cuestiones a la AEP, ya que las medidas o sanciones que ésta podría adoptar por la falta de cooperación de un Estado no parte, no tendrían el mismo efecto jurídico que en el caso de un Estado que consintió en obligarse por ese tratado. Resulta difícil imaginar que como consecuencia de la actuación de la AEP, los Estados no partes en el Estatuto de Roma cumplan en forma efectiva con las solicitudes de cooperación requeridas por la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, a los fines de garantizar la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional, el Estatuto establece una obligación general

⁶⁷ Estatuto de la CPI, art. 12.3. Como ejemplo de esto, el 18 de abril de 2003, Costa de Marfil, que no es Parte en el Estatuto de Roma, envió una declaración a la Corte en la que acepta su jurisdicción. Asimismo, el 14 de diciembre de 2010 y el 3 de mayo de 2011 la Corte recibió dos cartas del gobierno de ese Estado reconfirmando la aceptación de la jurisdicción del tribunal internacional. La situación se abrió bajo la numeración ICC-2/11.

⁶⁸ Estatuto de la CPI, art. 87.5. a) y norma 107 del Reglamento de la Corte. Como ejemplo de un acuerdo especial se puede pensar en la autorización de tránsito de una persona que va a ser entregada a la Corte y debe permanecer en el territorio de un Estado no parte de conformidad con la regla 182 (Solicitud de autorización de tránsito con arreglo al párr. 3° e) del art. 89).

⁶⁹ Estatuto de la CPI, art. 87.5.b).

de cumplir con las medidas solicitadas por el tribunal internacional, así como también prevé en caso de incumplimiento, un mecanismo de remisión a otro órgano para que establezca las sanciones correspondientes, con diferente alcance, ya sea se trate de un Estado parte como uno no parte en el Estatuto.

En este orden de ideas, resulta interesante destacar otro supuesto, el caso de las remisiones del Consejo de Seguridad a la Corte cuando se trate de una situación de un Estado no parte. Esto merece un estudio aparte en el que se analizará el alcance de las obligaciones establecidas en el marco normativo a través de la experiencia de la Corte Penal Internacional.

IV. ALGUNOS ASPECTOS EN LA PRÁCTICA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En las diferentes etapas del proceso penal, los tribunales internacionales, tal como hemos visto, necesitan de la cooperación de los Estados y de otras organizaciones internacionales para llevar a cabo sus actividades y así, poder juzgar a los presuntos responsables por la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional. La experiencia de la Corte Penal Internacional es un ejemplo de ello, y tal como lo reitera en cada uno de sus informes anuales presentados a la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte depende de la cooperación de los Estados para el desempeño de sus funciones, en especial, en los ámbitos relacionados con el análisis, la investigación, la detención y entrega de acusados, la detección y la congelación de activos, la protección de las víctimas y los testigos, la libertad provisional, la ejecución de sentencias y el cumplimiento de las resoluciones y órdenes de la Corte⁷⁰.

En la Conferencia de Revisión del Estatuto que tuvo lugar en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, en el balance de la justicia penal internacional que se realizó sobre la cuestión de la cooperación, los Estados se comprometieron a continuar y aumentar los esfuerzos para garantizar la plena cooperación y expresaron su apoyo político y diplomático a la Corte⁷¹. A estos fines, los Estados observaron la necesidad de contar con una legislación de aplicación para fortalecer la cooperación con la Corte, así como también decidieron que la Asamblea de Estados partes preste una atención especial al intercambio de experiencias al considerar este tema⁷².

En este sentido, la Corte reconoció una evolución favorable respecto a la cooperación y asistencia judicial, de los Estados y de las organizaciones

⁷⁰ A/65/313, *Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/10*, 19 de agosto de 2010. Cfr. art. 6º del Acuerdo de relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional y al párr. 17 de la Res. 64/9 de la Asamblea General.

⁷¹ RC/4, Declaración de Kampala, 4 de junio de 2010 en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma.

⁷² RC/Decl.2, Declaración sobre la Cooperación, aprobada por consenso en la novena sesión plenaria el 8 de junio de 2010.

regionales e internacionales. Sin embargo, señaló la existencia, de numerosos problemas en torno a este tema, y confirmó que el más acuciante sigue siendo la ejecución de las órdenes de arresto pendientes⁷³. En la práctica de la Corte, de las seis situaciones que está investigando (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana, Darfur [Sudán], Kenia y Libia), existen por lo menos ocho órdenes de arresto que no fueron cumplidas⁷⁴.

A los fines de analizar la experiencia de la Corte con respecto al régimen de cooperación y las dificultades que pueden surgir en torno a su cumplimiento, tomaremos como caso de estudio la situación de Darfur en Sudán.

a) Remisión del Consejo de Seguridad: Caso de Darfur, Sudán

El 31 de marzo de 2005, mediante la Res. 1593⁷⁵, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, actuando en virtud del cap. VII de la Carta, remitió al Fiscal de la Corte Penal Internacional la situación de Darfur, Sudán, Estado no parte en el Estatuto, para que inicie una investigación por entender que existía una amenaza a la paz y seguridad internacional⁷⁶.

El 6 de junio de 2005, el Fiscal de la Corte abrió oficialmente su investigación sobre esta situación y presentó tres causas a la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP), que a su vez, emitió cuatro órdenes de arresto. Las primeras órdenes fueron emitidas en 2007, contra Ali Kushayb y Ahmad Harun⁷⁷ por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y por los mismos cargos desde marzo de 2009 contra el presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, y en julio de 2010 se emitió otra por genocidio⁷⁸.

En cuanto a la cooperación, el Estatuto de Roma no hace distinción ni regula en forma expresa este tema cuando se trate de casos en que el Consejo de Seguridad remite una situación a la Corte de un Estado no parte. En cierta medida, la Resolución 1593 aclara esta cuestión cuando decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur, deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria. A su vez, reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a ese tratado, por lo que exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales

⁷³ RC/2, Informe de la Corte sobre la cooperación: actualización, 11 de mayo de 2010, para. 12.

⁷⁴ A/65/313, Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/10, 19 de agosto de 2010, párr. 49. Para mayor información de cada una de las situaciones y casos de la Corte Penal Internacional ir a la página web: www.icc-cpi.int.

⁷⁵ S/RES/1593 (2005).

⁷⁶ *Cfr.* art. 13.b. del Estatuto de la CPI.

⁷⁷ ICC-02/05-01/07-2 y ICC-02/05-01/07-3.

⁷⁸ ICC-02/05-01/09-1-tSPA ICC-02/05-01/09-95-tSPA.

les competentes a que también cooperen plenamente⁷⁹. Con esta fórmula, se intenta impulsar a estos últimos a que así lo hagan sin imponer la obligatoriedad de las medidas de cooperación requeridas por la Corte. Por el contrario, algunos autores manifestaron la posibilidad de hacer extensiva la obligación de cooperar con la Corte a los Estados no partes en el Estatuto, de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario⁸⁰.

Resulta interesante destacar, que Sudán tampoco prestó su consentimiento en obligarse por las normas del Estatuto de Roma y, sin embargo, estaría obligado a cooperar porque así lo afirma el órgano político de la organización mediante una resolución de carácter vinculante para todos los Estados miembros de Naciones Unidas. La dificultad que presenta esta resolución, y así se entendió en doctrina, es que el Consejo de Seguridad al omitir toda referencia a la obligación del Sudán de cumplir con las disposiciones del Estatuto de Roma no estaría claro el alcance de la obligación de Sudán a cooperar. Sin embargo, esto queda implícito, ya que la única forma que tiene la Corte de actuar en la investigación y enjuiciamiento por la comisión de crímenes internacionales en Sudán, será de acuerdo con ese tratado, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba⁸¹.

En este punto, importa establecer cuales serían las consecuencias que podría traer aparejado un incumplimiento por parte de un Estado no parte y el alcance de las posibles sanciones por parte del Consejo de Seguridad. En estos casos, estaríamos frente a una experiencia similar a la actuación de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, por lo que cabe concluir que ese órgano de acuerdo a las competencias que le confiere la Carta de Naciones Unidas es quien podría aplicar medidas coercitivas a un Estado no parte del Estatuto de Roma.

Así, en el caso seguido contra Ali Kushayb y Ahmad Harun, el Fiscal, luego de haber adoptado todas las medidas posibles para obtener la cooperación de Sudán, solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares que determinase, sobre la base del art. 87 del Estatuto, que el Gobierno del Sudán no había cooperado con la Corte Penal Internacional de conformidad con la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad en lo concerniente al cumplimiento de las órdenes de detención contra los dos acusados⁸². El 25 de mayo de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que, ese Estado habría incumplido con sus obligaciones de cooperación y decidió transmitir su decisión al Consejo de Seguridad por conducto del Secretario General a fin de que aquel adopte

⁷⁹ Res. 1593 (2005), párr. 2.

⁸⁰ WENQI, Z., "Acerca de la cooperación de los Estados que no son partes en la Corte Penal Internacional", *International Review of the Red Cross*, nro. 861, 2006, ps. 87 a 110.

⁸¹ SLUITER, Göran "Obtaining cooperation from Sudan- Where is the law?", *Journal of International Criminal Justice*, 6, p. 871.

⁸² ICC-02/05-01/07-48- Conf. y anexos A y B. Versión pública expurgada ICC-02/05-01/07-48-Red y anexos A y B.

las medidas que considerara pertinentes⁸³. En el caso particular de Al-Bashir⁸⁴, si bien por un lado, el Fiscal reconoce que los Estados partes están adoptando políticas encaminadas a romper contacto con las personas buscadas por la Corte, así como también se excluyó al presidente Al-Bashir de la última cumbre entre la Unión Europea y la Unión Africana⁸⁵, por el otro, la Corte también reconoció la falta de cooperación en dos decisiones, adoptadas el 27 de agosto de 2010, por las que se informan al Consejo de Seguridad y a la Asamblea de Estados parte en el Estatuto de Roma de la visita de Omar Al Bashir, en la primera, a la República del Chad que presuntamente habría tenido lugar entre el 21 y 23 de julio de 2010⁸⁶ y, en la segunda, de su presencia en el territorio de la República de Kenia⁸⁷.

Una de las mayores dificultades que se presenta en esta situación es la falta de cooperación del gobierno de Sudán, entre ellas, el incumplimiento de las órdenes de detención y entrega. El Fiscal da cuenta de esto en los informes que presenta, cada seis meses, ante el Consejo de Seguridad⁸⁸. Así, se constató que la cooperación por parte de Sudán cesó a partir de las órdenes de arresto libradas contra los nombrados⁸⁹, y aunque fueron constantes los esfuerzos tanto de la Fiscalía como del propio Consejo de Seguridad instando a este gobierno a cumplir con la Corte⁹⁰, la falta de cooperación por parte de este Estado resultaba incuestionable⁹¹.

⁸³ ICC-02/05-01/07-57. Mediante la decisión n° ICC-02/05-01/07, la Corte notificó a las autoridades sudanesas sobre la decisión de informar al Consejo de Seguridad la falta de cooperación de ese Estado.

⁸⁴ Sobre el tema de la inmunidad de jefes de Estados ver: AKANDE, D. (2009) "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice*, 7, ps. 333 a 352; GAETA, P., "Official capacity and immunities" in CASSESE, GAETA y JONES *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, ps. 975 y 991 y AKANDE, D., "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, 98, 2004, ps. 407, 415-419.

⁸⁵ Declaración del Fiscal ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la situación en Darfur (Sudán de conformidad con la Resolución 1593 (2005) del Consejo, Nueva York, 9 de diciembre de 2010.

⁸⁶ ICC-02/05-01/09-109-tSPA.

⁸⁷ ICC-02/05-01/09-107-tSPA.

⁸⁸ Cfr. S/RES/1593 (2005), párr. 8°, en la que el Consejo de Seguridad: "Invita al Fiscal a que se dirija al Consejo para informar de las medidas adoptadas de conformidad con la presente resolución dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aprobación de la presente resolución y posteriormente cada seis meses".

⁸⁹ En abril de 2007 en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Sudán se publicó un informe en el que se indicaba la intención de no seguir cooperando con la Corte. Este gobierno no respondió ante el pedido de la Fiscalía de aclarar el valor de ese documento así como su reacción ante la solicitud de arresto presentada. Esta decisión de no cooperación surge de declaraciones públicas de los representantes de este gobierno.

⁹⁰ S/PRST/2008/21 (2008), Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad.

⁹¹ A/65/313, Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/10, 19 de agosto de 2010, el Undécimo y el Duodécimo Informe del Fiscal de la

Con respecto a esta situación, el Fiscal de la Corte Penal Internacional en su último informe presentado al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, expresó que en Darfur se siguen cometiendo crímenes, tales como causar la muerte o lesión a civiles mediante bombardeos, violencia sexual, desplazamientos forzosos, entre otros, sumada a la tendencia determinada por la política del Gobierno de denegar el acceso a los lugares donde surge la violencia e impedir que se difunda información sobre los crímenes⁹².

En este estado de cosas, el Gobierno del Sudán tiene la responsabilidad primaria y plena capacidad de ejecutar las órdenes de detención, aunque por el momento no lo ha hecho. Por este motivo, resulta interesante estar atentos a la futura actuación por parte del Consejo de Seguridad, ya que de acuerdo a la normativa estudiada, es el órgano con competencia para imponer sanciones por el incumplimiento de sus obligaciones de cooperar con la Corte Penal Internacional.

Para concluir, resulta interesante estar atentos a la futura actuación no sólo de la Corte sino también del Consejo de Seguridad que en el ejercicio de sus facultades, el 26 de febrero de 2011, remitió la situación en la Jamahiriya Árabe Libia⁹³. El 3 de marzo de 2011, el Fiscal inició formalmente la investigación y presentó su primer informe el 4 de mayo de ese mismo año. En cuanto a la cooperación, la resolución establece obligaciones de cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal a las autoridades libias. Al igual que la Res. 1593 (2005), el Consejo reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna en virtud de él, e “insta” a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que cooperen plenamente con la Corte y el Fiscal. Con respecto a esta situación, el Fiscal de la CPI, anunció el 16 de mayo de 2011, la presentación del primer pedido de órdenes de arresto contra el líder libio Muammar al-Gaddafi, su hijo Saif al-Islam al-Gaddafi y el líder de la inteligencia libia Abdullah al-Sanusi, a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI por los presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos en Libia desde el 15 de febrero de 2011. En este estado de cosas, serán los magistrados de la Corte quienes evaluarán la necesidad de emitir esas órdenes de arresto.

Una vez más nos encontramos frente a una remisión del Consejo de Seguridad de una situación para que sea investigada por la Corte Penal Internacional, y en la que entre los principales acusados se encuentra el Presidente o Jefe de Estado en funciones. Esto implica un gran desafío para la CPI y una oportunidad para este tribunal de intentar fortalecer la efectividad de sus actividades para poder ser plenamente eficaz.

Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de Conformidad con la Resolución 1593 (2005).

⁹² Duodécimo informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 1593 (2005).

⁹³ S/Res/1970 (2011).

En sus pocos años de funcionamiento, la Corte afirmó, no sólo la importancia que tiene la cooperación para sus actividades, sino también la necesidad de reforzarla, profundizarla y evitar la duplicación de esfuerzos en este sentido⁹⁴. El éxito de sus procedimientos dependerá en gran medida de la cooperación de los Estados y en consecuencia, su cumplimiento implicará una decisión política positiva a favor de la actuación de la Corte Penal Internacional.

V. CONCLUSIÓN

El creciente desarrollo del Derecho Internacional Penal se evidencia a partir del establecimiento de una cantidad considerable de tribunales internacionales de esa naturaleza que se consolida con la creación de la Corte Penal Internacional, para dar respuesta a la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia internacional. En este sentido, el objetivo principal consiste en dar respuesta a esto mediante el juzgamiento de los responsables por la comisión de estos actos aberrantes y en consecuencia, contribuir a la prevención de nuevos crímenes.

Cada uno de los tribunales internacionales goza de características propias, aunque todos ellos van a depender, de forma ineludible, de la cooperación de los Estados a los fines de poder cumplir con el ejercicio de ciertas medidas coercitivas y jurisdiccionales para la investigación, el enjuiciamiento y la ejecución de la pena, necesarias para que puedan cumplir con sus funciones. Sea se trate de una jurisdicción internacional creada por el Consejo de Seguridad o por los Estados por medio de un tratado, que tenga el carácter de permanente o *ad hoc*, por sus propias características la cooperación de las autoridades estatales constituye una de las bases fundamentales sobre las que se apoya el funcionamiento de las instancias penales internacionales. Para lograrlo, de acuerdo a las normas internacionales estudiadas, los Estados han de adecuar sus legislaciones internas a la normativa de los Estatutos, facilitando así el funcionamiento de esos tribunales.

En Derecho Internacional, los derechos y obligaciones que surgen de los tratados son oponibles a los Estados que hayan prestado su consentimiento en ser parte de sus normas, tal como surge de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969). En el caso de la Corte Penal Internacional, se ha desarrollado el marco normativo que establece obligaciones con respecto a los Estados partes y a aquellos que no lo son. Sin embargo, la experiencia del tribunal y las obligaciones que surgen de otros instrumentos internacionales, como ocurre con ciertas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, deja en evidencia la existencia de algunas obligaciones que pudieran

⁹⁴ ICC-ASP/9/29, Informe de la Corte sobre la estrategia de información pública 2011-2013, del 22 de noviembre 2010.

surgir con relación a los Estados no parte en el Estatuto, como consecuencia de lo establecido en otros instrumentos internacionales.

En función de lo expuesto, aquellos Estados no parte de este tratado; también podrán estar obligados a cooperar con esta jurisdicción internacional y, en consecuencia, podrán ser responsables por su incumplimiento.

Por estos motivos, la cooperación resulta ser uno de los mayores desafíos para la Corte Penal Internacional. La práctica de este tribunal y los diversos documentos adoptados dan cuenta de ello. Su efectividad va a estar dada por el grado de cooperación que los Estados estén dispuestos a brindarle, no sólo de aquellos Estados partes sino también de los que no lo son, y esto dependerá en gran medida de los compromisos políticos que decidan asumir.

Sin cooperación las jurisdicciones internacionales, y aún más, las de carácter mixto, no podrá cumplir con los objetivos estipulados en los instrumentos que los crea y su funcionamiento carecerá de efectividad, y en consecuencia, no serán eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

“LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS. UN ANÁLISIS
A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ESTATAL Y DE LA LABOR
DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL”

(Tecnos, Madrid 2010, 211 ps.)
de MARÍA ISABEL TORRES CAZORLA

Por ROMINA E. PEZZOTI*

Uno de los temas centrales del Derecho Internacional Público que ha mantenido vivo el interés de la doctrina a lo largo del tiempo y que ha sido materia de análisis por tribunales internacionales es el de los *actos unilaterales de los Estados*. La profesora española de la Universidad de Málaga, María Isabel Torres Cazorla, en su libro expone su estado actual focalizándose, además, en los avatares que su tratamiento ha tenido en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas cuando se abocó a su codificación y desarrollo progresivo. La autora fue una testigo privilegiada de ello al haber sido asistente del Relator Especial en materia de actos unilaterales de los Estados: Víctor Rodríguez Cedeño —quien prologa la obra—.

El libro bajo análisis está dividido en cuatro capítulos precedidos por una introducción en la que la autora relata cómo surgió su interés sobre el tema y explica cuál es el contenido de cada uno de los capítulos: los dos primeros conforman una aproximación a los actos unilaterales y sus características; el tercero contiene una reseña de la labor de la Comisión de Derecho Internacional; y en el cuarto explica el trabajo final presentado por dicho órgano subsidiario a la Sexta Comisión de la Asamblea General en el año 2006.

En el primer capítulo de la obra, con el objeto de facilitar la comprensión del tema, analiza los *rasgos característicos* de los actos unilaterales de los Estados, ocasión en la que hace la salvedad de que si bien otros sujetos de Derecho Internacional pueden también realizarlos el estudio se limitará a aquellos provenientes de entes estatales. A su vez, dentro de éstos excluye a los que se encuentran indisolublemente unidos a los tratados internacionales y que, por tal motivo, se rigen por el régimen convencional de que se trate o, en su defecto, por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

* Docente de Derecho Internacional Público (UBA),

Aclarado ello, la autora destaca que la rapidez con la que se desenvuelven las relaciones interestatales en la actualidad ha hecho que los actos unilaterales sean un mecanismo idóneo al cual recurren los Estados dado que su *flexibilidad*, en comparación con los tratados internacionales, facilita la adopción de compromisos en el ámbito internacional. Es precisamente esa flexibilidad la que genera la necesidad de delinear sus rasgos básicos característicos para permitir su comprensión. De esta manera analiza, en primer lugar, el *fundamento de su obligatoriedad* recordando que la CIJ en el caso de los “Ensayos Nucleares” (Australia c. Francia; Nueva Zelandia c. Francia, Recueil 1974) consideró que el carácter obligatorio reside en la *buena fe*. En segundo lugar, examina *quiénes tienen capacidad para comprometer a un Estado en el ámbito internacional a través de un acto unilateral*, además de las tres figuras que clásicamente ocupan la “cúspide” de la representación estatal en el ámbito internacional. Para ello toma como referencia los Arts. 7 y 8 de la Convención Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y evalúa si los supuestos en ellos comprendidos pueden tener lugar en el caso de los actos unilaterales. Asimismo, plantea el interesante interrogante acerca de qué ocurriría si diversos representantes estatales emiten manifestaciones en apariencia vinculantes para su Estado pero de contenido contradictorio. Dicho interrogante se refiere a una cuestión de suma actualidad teniendo en cuenta que dentro de la administración de los Estados cada vez con más frecuencia las distintas reparticiones se involucran en cuestiones atinentes al ámbito internacional, por lo que la autora considera imprescindible la coordinación entre los distintos órganos internos, cobrando así relevancia el principio de “unidad de acción en el exterior”. En tercer lugar, analiza *las formas a través de las cuales pueden manifestarse o exteriorizarse* concluyendo que ello es indistinto dado que la forma no afecta el valor jurídico del acto unilateral. De ello dan fe los ejemplos que cita de casos muy recientes que resultan ilustrativos para el lector siendo el más llamativo la mención que realiza del “aplauzo” por parte de representantes estatales en el contexto de una conferencia internacional como forma de manifestar apoyo político a un gobierno. Otro de los aspectos que tiene en cuenta es *si deben o no estar dotados de cierta publicidad*. La CIJ en el caso de los “Ensayos Nucleares”, la única condición que exigió respecto de estos actos, en lo que concierne a la forma que los mismos han de revestir, es que estén dotados de unas medidas de publicidad adecuadas. Sin perjuicio de ello, se generó un debate en el seno de la CDI acerca de si la publicidad constituía, o no, una condición *sine qua non* de la eficacia jurídica del acto unilateral. Si bien la publicidad pone de relieve, de forma sincera, la obligación asumida por el Estado, para la autora sería excesivo considerarla como condición para la producción de efectos jurídicos, compartiendo así la opinión sostenida en la CDI por Ian Brownlie, para quien tal publicidad sólo podría ser relevante para probar e identificar dicha manifestación por parte de sus destinatarios. La cuestión de los destinatarios del acto unilateral también se encuentra estrechamente vinculada con el rol de

los medios de comunicación como mecanismo probatorio (debido a la rapidez con que se difunden las noticias internacionales). Otra de las características que poseen es que *produzcan efectos jurídicos para quien lo realiza*, siendo que para la autora el elemento de “intencionalidad”, para cuya prueba habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias relacionadas con el caso específico, resulta esencial para determinar la existencia o no de un acto unilateral. Asimismo, los actos unilaterales deben ser *conformes a las normas imperativas vigentes*. A efectos de clarificar este aspecto, que hace a la validez de los actos unilaterales, la autora cita la opinión del Profesor y jurista argentino Julio Barberis para quien el Estado tiene libertad de efectuar actos unilaterales fuera del Derecho Internacional pero dichos actos no pueden ser contrarios a normas de *ius cogens*. En conexión con ello, Torres Cazorla analiza aquellas normas jurídicas internas de los Estados que considera que son o fueron contrarias a principios básicos del Derecho Internacional, tales como la Ley Helms-Burton o aquellas dictadas para delimitar los espacios marítimos. El último elemento característico de los actos unilaterales que menciona es el de *su autonomía*. Como su propio nombre lo indica, el acto unilateral tiene ese carácter por ser independiente, por provenir de un solo lado, por tal motivo es que no pueden derivarse de él obligaciones jurídicas para terceros, excepto que éstos expresen su consentimiento al respecto.

Una vez expuestas las características de los actos unilaterales de los Estados, en el segundo capítulo se abordan las cuestiones de su *definición y clasificación*. Para Torres Cazorla es extremadamente difícil encontrar una definición en la doctrina que sea completa, es decir que incluya todas las características de este instituto del Derecho Internacional. Al respecto cabe hacer la salvedad que la autora realiza esta afirmación tomando como referencia la doctrina española como ejemplo de lo complejo que resulta encontrar una definición completa y convincente. Es por ello que propone el siguiente concepto que abarcaría todos aquellos aspectos que caracterizan como tal a los actos unilaterales: “*es una manifestación de voluntad realizada por uno o más sujetos del Derecho Internacional con la intención de producir efectos jurídicos independientemente de la conducta de otro u otros sujetos de Derecho Internacional*”. Esta definición tendría el mérito de comprender tanto los actos unilaterales emanados de los Estados como de otros sujetos e incluso de otras entidades cuya subjetividad es aún dudosa o limitada, aunque es dable señalar que no hace referencia al respeto del Derecho Internacional general vigente o al menos que el acto unilateral no sea contrario a las normas de *ius cogens* en vigor.

En lo que concierne a la *clasificación*, la autora deja en claro que es una cuestión controvertida y que no existe una posición unánime, ni siquiera de forma general, acerca de qué clases de actos unilaterales de los Estados existen. No obstante ello, y con una finalidad ilustrativa y a efectos sistémicos, la autora opta por una clasificación realista que refleja la problemática de la clasificación de este instituto: decide clasificarlos en aquellos actos unilaterales cuya

aceptación resulta indiscutida en la actualidad y aquéllos otros en los que se cuestiona su condición de “actos unilaterales puros” (ya sea porque se encuentran ligados a otros actos o bien porque no producen efectos por sí mismos). De esta manera, dentro del grupo de actos unilaterales cuya aceptación resulta indiscutida en la actualidad (o actos unilaterales *stricto sensu*) se encuentran la promesa, el reconocimiento y la renuncia. En cuanto a la promesa, a través de la cita de varios ejemplos la autora demuestra que las materias sobre las que existen manifestaciones estatales en este sentido son tan variadas como lo es la propia realidad internacional. Asimismo, el lector encontrará que, sin perjuicio de ser un acto unilateral por excelencia, su concepción, sobre todo por parte de la doctrina, varió a lo largo del tiempo en particular en relación a la necesidad o no de aceptación por parte de aquél a quien el acto está dirigido. Esta cuestión fue finalmente dilucidada por la CIJ en el caso de los “Ensayos Nucleares” al considerar que no es necesaria tal aceptación para que produzca efectos jurídicos. En el supuesto del reconocimiento, si bien las situaciones que pueden ser objeto de reconocimiento son múltiples, Torres Cazorla se focaliza sólo en aquél que tiene lugar tras la aparición de un nuevo Estado y, a su vez, se detiene a examinar el aspecto político del reconocimiento de un ente estatal debido a los debates que originó su tratamiento por parte de la CDI. En particular, relata la curiosa actitud de un miembro de la CDI de nacionalidad china que cuestionó las referencias que se hacían de Taiwán en el Séptimo Informe y pretendió que las mismas fueran suprimidas y/o rectificadas argumentando que esa cuestión era pertinente a los asuntos internos de China y que ponía en juego su soberanía y su integridad territorial. Con este ejemplo, Torres Cazorla pone de resalto cómo los debates de un órgano técnico pueden estar contaminados políticamente cuando un miembro de la Comisión defiende la posición del Estado cuya nacionalidad posee. Por último, en lo que concierne a la renuncia, la autora (que analiza muy brevemente esta figura a diferencia de las anteriores) destaca que el carácter expreso que ha de revestir ha sido una idea reiterada por la doctrina no siendo suficiente la aquiescencia o el silencio para que pueda efectivamente surtir efectos, imponiéndose una interpretación restrictiva al respecto; a modo de ejemplo, cita la renuncia al cobro de determinados intereses derivados de deudas contraídas con carácter previo, o la renuncia al ejercicio de jurisdicción en casos concretos.

En cuanto al otro grupo, Torres Cazorla considera a la notificación y la protesta como actos cuya condición de actos unilaterales puros resulta cuestionada. Para un sector de la doctrina la notificación sería meramente un mecanismo que permite dotar de publicidad a otro acto y, de esta manera, lo importante sería la situación que contiene la notificación. Tal es el caso de las notificaciones vinculadas con un régimen convencional particular del que emana su existencia, que son totalmente distintas a aquellas que son *facultativas* que consisten esencialmente en poner en conocimiento una situación sin que exista una obligación jurídica que motive las mismas, limitándose la autora a señalar

esta diferencia sin explicar en más detalle las notificaciones facultativas como actos unilaterales. La condición de acto unilateral de la protesta se encontraría en juego debido a que muchas veces no implica una obligación para quien la formula sino que simplemente se trataría de una manifestación de condena respecto de una conducta previa de un tercero.

El último aspecto analizado en este capítulo son los denominados *principios moduladores de las actuaciones unilaterales estatales* entre los que se encuentran: el “principio qui tacet consentire videtur” (si bien no existen dudas de que el silencio en determinadas circunstancias puede producir efectos jurídicos, la autora analiza el valor que cobra cuando significa aquiescencia y sus efectos son asimilables a los que provocaría un acto unilateral *stricto sensu*); y el “principio de preclusión o estoppel” o doctrina de los actos propios” (se descarta totalmente que el estoppel sea un acto unilateral en sí mismo —es decir, generador de obligaciones— y se deja en claro que es la consecuencia de un acto preexistente, y que opera ante la confianza que originó un comportamiento de un sujeto).

En el tercer capítulo la autora efectúa una síntesis de la evolución del tratamiento del tema de los actos unilaterales de los Estados en la CDI desde que esta materia se incluyó en la agenda de trabajo de dicho organismo en 1996. Asimismo, expone —con una mirada crítica— los principales dilemas o problemas, tanto de fondo como de forma, que tuvo que afrontar la CDI y que dificultaron el avance de los trabajos. Así, tales dificultades influyeron en la manera en que fueron encarados los estudios y en los cambios que con posterioridad se introdujeron en cada uno de los nueve informes que presentó el Relator Especial en el periodo 1996-2006. Además, los debates que se originaron al tratar esos dilemas si bien se vieron enriquecidos por las distintas concepciones que tenían cada uno de los integrantes de los sucesivos Grupos de Trabajo que se establecieron así como de la CDI, tenían como contracara que éstos fueran largos y reiterativos generando muchas veces una sensación de *deja vú* como consecuencia de no haberse podido arribar a una conclusión definitiva que conformara a todos.

Los debates surgieron principalmente cuando se analizaron, por ejemplo, *aquellas cuestiones que debían o no ser incluidas en el estudio*, tales como los actos de las organizaciones internacionales; los actos de carácter exclusivamente políticos; la autonomía como característica esencial; los actos relacionados con otras fuentes (como la costumbre, los tratados o bien las disposiciones de carácter interno); las conductas vinculadas con el silencio, el estoppel y la aquiescencia y su tratamiento como acto unilateral; y la exclusión o no de determinadas figuras especialmente problemáticas como el reconocimiento o los actos unilaterales que generan responsabilidad internacional. Asimismo, el *título del estudio del tema (“acto” vs. “declaración”)* fue el caballo de batalla principal que según la autora tuvo que enfrentar la CDI debido a que desde el comienzo no hubo una posición unánime de cómo denominar al tema de estu-

dio. Las dos posturas que primaron fueron aquellos que consideraban a la “declaración” como el instrumento mediante el cual el Estado adquiriría con mayor frecuencia compromisos en el plano internacional frente a quienes entendían que dicha noción era en exceso restrictiva y por ello reivindicaban la idea de “acto unilateral” por ser un término genérico más amplio que no excluía *a priori* ningún acto material. Por otra parte, fueron totalmente inesperados los problemas que surgieron para hallar la práctica internacional, lo cual desconcertó al propio Relator Especial y a los integrantes de los Grupos de Trabajo y de la CDI dado que era esencial contar con ejemplos concretos con los cuales contrastar y respaldar válidamente las conclusiones del trabajo. Si bien al principio se consideró que existía suficiente material para analizar y sistematizar, con posterioridad se dieron cuenta que dicha percepción era equivocada debido a que la práctica disponible no era tanta como se creía y tampoco permitía ofrecer luz sobre todos los aspectos de los actos unilaterales. Ello se vio reflejado en el contenido de los primeros informes del Relator Especial que eran excesivamente teóricos y carentes de práctica internacional. Fue por ello que a fin de poder disponer de material, en dos oportunidades se enviaron cuestionarios a los Estados, pero fueron muy pocos quienes los respondieron (la reticencia se debió a que muchos no estaban de acuerdo con la codificación de este tema sumado a que otros eran celosos de dar a conocer sus propios actos ante un órgano internacional). Frente a este dilema y ante la necesidad de contar con material, se decidió recurrir a otras fuentes o a recursos externos. Fue así como en el año 2003 un grupo de diez participantes que asistieron al Seminario de Derecho Internacional que auspicia la ONU en Ginebra, fueron coordinados por la Profesora Torres Cazorla (por invitación del Relator Especial y del Director del Seminario) para buscar la tan ansiada práctica internacional en la materia en las principales revistas y anuarios de Derecho Internacional, en páginas web, de los Ministerios de Relaciones Exteriores y en los repertorios de los Estados, entre otros, sumado a que los propios miembros de la CDI hicieron también su aporte. Dicha labor fue asimismo complementada con la búsqueda de práctica realizada por un grupo de estudiantes y profesores de la Universidad de Málaga, también coordinados por la autora del libro. Por último, *los constantes cambios metodológicos* también generaron vaivenes y dificultades al no decidirse de manera definitiva y desde un comienzo si se iba a realizar o no una labor codificadora a imagen y semejanza de aquella efectuada con el derecho de los tratados (es decir, un proyecto de artículos con comentarios) o bien una guía de lineamientos o recomendaciones, o una combinación de ambas.

Este aspecto metodológico es analizado nuevamente en el cuarto capítulo donde Torres Cazorla explica el dilema ante el cual se encontró la CDI cuando tuvo que decidir la forma que tendría el informe final. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 fue un referente fundamental (sobre todo por el éxito que tuvo dicha labor codificadora), no sólo en cuanto a la ela-

boración de un proyecto de artículos sino también en cuanto a la estructura y los temas a analizar relativos a los actos unilaterales de los Estados. Sin embargo, diez años de denodados esfuerzos habían dejado en claro que no era posible codificar los actos unilaterales de los Estados debido a que, según la autora, los Estados hacen uso profuso de los actos unilaterales precisamente porque son flexibles y de rasgos difusos, por lo que “petrificar” su esencia era a todas luces imposible, al menos en aquel momento. Así, finalmente se optó por elaborar un proyecto que contiene los principios rectores en la materia, primando de esta manera una visión más realista de la situación.

Como no fue posible alcanzar un consenso acerca de una definición de acto unilateral, el *proyecto de principios rectores* que el Relator Especial presentó a la CDI en su noveno y último informe, se focalizó en una categoría que ya había sido analizada, debatida y discutida en el contexto de los tribunales internacionales: esto es la “declaración” —ya sea oral o escrita—. Dicho proyecto fue la base de las conclusiones que la CDI aprobó y presentó ante la Asamblea General que denominó como “*Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas*”. Los contenidos de ambos documentos (que se encuentran incluidos al final del libro como anexos) son comparados y analizados por la autora. Para ello, toma como referencia el Noveno Informe del Relator Especial para explicar qué aspectos fueron suprimidos, cuáles se mantuvieron intactos o bien fueron incluidos con modificaciones en el informe de la CDI. En concreto, analiza brevemente los siguientes temas: definición, fundamento, capacidad, efectos jurídicos e interpretación, destinatarios, competencias para su formulación, forma, nulidad, confirmación ulterior, terminación, suspensión, no revocación arbitraria y los efectos para terceros.

Para *concluir*, este libro tiene el mérito de contar con abundante práctica internacional en materia de actos unilaterales de los Estados, sobre todo de años recientes, brindando al lector un panorama de la práctica actual en la materia, sin perjuicio de que en algunos casos remite directamente a los informes del Relator Especial para consultar los ejemplos allí citados.

Asimismo, la autora efectúa un buen resumen de los principales debates que se han originado respecto de este instituto a nivel doctrinario, sobre todo en el capítulo II cuando analiza las características de los actos unilaterales y sus posibles clasificaciones, aunque algunos aspectos se encuentran más desarrollados que otros sin una explicación de tal decisión.

Por otro lado, es destacable tanto la descripción y síntesis que realiza Torres Cazorla de la labor que llevó adelante el Relator Especial así como la selección que efectuó de las diferentes posturas y opiniones expresadas por los integrantes de la CDI sobre las cuestiones debatidas. No obstante ello, algunas de las críticas que realiza de dicha labor se tornan reiterativas a lo largo del

libro, generando la misma sensación de *deja vú* que cuestionó de los debates en la CDI.

Además, el libro cuenta con un listado de bibliografía en diferentes idiomas clasificada según qué aspecto de los actos unilaterales es analizado por su respectivo autor, lo cual resulta realmente práctico.

En conclusión, es un libro cuyo contenido hace honor al título del mismo y que analiza un tema interesante y de suma actualidad para el Derecho Internacional Público.

GOBERNANZA Y MANEJO SUSTENTABLE DEL AGUA
(Mnemosyne, Buenos Aires, 2011)
de GRISELDA D. CAPALDO

Por HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE*

La obra que dirigió y editó la Dra. Griselda Capaldo aborda, en modo interdisciplinario, un tema de particular actualidad e interés para el país. La cuestión del recurso natural agua se considera en esta investigación en su relación con diferentes aspectos de la temática que se agrupan en modo a conformar las ocho partes en que se la divide.

Si se la considera desde un enfoque jurídico, cabe destacar el planteo en la Parte I —agua y derecho ambiental— referido a la eficacia de las normas ambientales, señalándose que lo deseable es una cultura ambiental de respeto y aplicación de las reglas de derecho en modo a que no fuese necesario llegar a la instancia jurisdiccional; lo que es aún más deseable si el escenario no es una situación de paz sino la de un conflicto armado puesto que el medio ambiente no es ajeno a sus devastadores efectos. En ese sentido, se ejemplifica con el caso Colombia en el que uno de los países con mayor biodiversidad en el mundo ve a ésta constantemente amenazada por la acción de quienes combaten; tal la problemática en relación al recurso agua, no obstante una normativa interna amplia y numerosa tendiente a proteger al medio ambiente. Luego de considerarse lo que podrían ser causas de esa falta de eficacia, esta Parte de la obra se cierra con la presentación del caso Brasil vinculado a un río —el río San Francisco— que une cinco Estados del norte brasileño, suministrando agua para irrigación de los campos, poniendo en funcionamiento nueve usinas hidroeléctricas, siendo rico manantial para la pesca y su cauce ser imprescindible para la interconexión fluvial. El debate en relación al aprovechamiento de este río se centra, según se expresa, en un proyecto que se desarrolla para llevar agua al nordeste septentrional, enfrentando a quienes sostienen que se está generando una degradación progresiva y los que postulan la expansión del aprovechamiento de las aguas. Pero, en relación a este proyecto, se precisa que se trata de un debate que ya se encuentra ante los estrados de la justicia. El Supremo Tribunal Federal está involucrado no sólo en el fondo sino también en la

* Profesor emérito - UBA.

cuestión de quiénes están legitimados para actuar en función de límites legales a la actuación administrativa y a la participación de entidades vinculadas a la defensa del medio ambiente. Los casos Colombia y Brasil —que se relatan— parecerían poner, particularmente, de relieve la afirmación inicial en el sentido de la necesidad de una cultura ambiental que torne innecesario llegar al punto en el que la única salida para el respeto del derecho fuese el recurso en justicia.

Respecto de la Parte II, el análisis referido a la medicina hace referencia a la necesidad de establecer objetivos claros dentro de las políticas de salud ambiental para amparar a poblaciones expuestas y/o vulnerables ante la contaminación que pueden sufrir las aguas superficiales o subterráneas por la influencia de químicos agrícolas, industriales, desechos de minería o descargas directas. Luego desde la biología se presenta un análisis enmarcado en el concepto de sustentabilidad, teniendo como objetivo el agua y los ecosistemas, en especial los humedales. Se plantean los problemas de calidad de las aguas del Delta del Paraná y a consecuencia de esta vulnerabilidad la importancia de la generación de conocimiento ecológico sobre la Reserva de Biósfera del Delta del Paraná.

La línea sociológica, en la Parte III, aplicó una evaluación cuali-cuantitativa de las representaciones sociales del agua a las ciudades de Gualeguaychú y Buenos Aires que permite inferir posibles mecanismos de compromiso social en el manejo y monitoreo del derecho de acceso al agua y cuestiones complementarias de acceso a la Justicia en cuestiones ambientales. Se realizó, también, un análisis del modelo de “ciudadanía ecológica” con el propósito de evaluar su viabilidad para la elaboración de políticas ecológicas pensadas en términos de ciudadanía.

En la Parte IV de la obra —agua, comercio, servicios y corrupción— se vuelve sobre el derecho pero ahora no desde una perspectiva del Estado en su ámbito interno o en sus relaciones internacionales sino desde la consideración de los actores transnacionales que cuentan con un accionar global; esto es, las empresas transnacionales y sus reglas de conducta globalizadas que, en ocasiones, dificultan sistemas de control en una regulación jurídica nacional no obstante ser éste el ámbito receptor de sus actividades. Quien aborda este tema señala lo que en su opinión entiende como las tensiones entre “poder” y “derecho”. Y en esta problemática, precisamente, se inscribe un análisis de los acuerdos de garantía de inversión en relación al interés público, centrado en el agua y sus servicios, con particular referencia a los casos en los que está demandada la Argentina. Siempre dentro de este enfoque, se examina la naturaleza del recurso agua al plantearse como interrogante si se trataría de una “mercancía” y, si así fuese, si sería susceptible de ser considerada desde el ámbito de las regulaciones internacionales de la Organización Mundial del Comercio como un modo de solucionar una futura “crisis del agua” ante la carencia del recurso. Por cierto, el contraste en este punto está dado en la obra que se comenta por el hecho de que se trataría de un “bien común” indispensable para la vida y no de un mero “bien económico”, sin por ello dejar de señalarse

que, quizás, la respuesta estaría dada por la posición que se adopte frente al problema; esto es, desde una lógica de acumulación de mercancías o desde una postura garantista de los derechos esenciales al ser humano y al ambiente. Esta Parte de la obra se cierra con un análisis útil, pero lamentable de ser necesaria su consideración; en función de un diagnóstico que permita erradicar el mal al que se refiere. En la especie, el fenómeno de la corrupción en la gestión del agua dulce en Sudamérica.

Si hasta aquí se ha abordado el derecho como pauta de conducta vinculante y se han señalado problemáticas y eficacias y efectividades y sus carencias, no podía dejarse de lado un enfoque que considerase los presupuestos mínimos que debería tener una ley argentina que persiguiese la protección ambiental, posibilitando el uso sostenible de la zona costera atlántica; esto es, al decir de las Naciones Unidas, que favoreciese el desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado de nuestro país en una zona de interacción permanente entre la tierra, el mar y la atmósfera —que se traduce en formas exclusivas de ecosistemas frágiles— y de relaciones humanas particulares —económicas, sociales y culturales— que interactúan con, y en ese, ecosistema. A estas cuestiones se dedica la Parte V —agua y manejo costero— en la que también se incluye una mirada particularizada a la costa de la Provincia de Buenos Aires, conectando en esa mirada distintas ramas del derecho, interno e internacional, con las ciencias naturales.

El derecho positivo es una herramienta de los seres humanos a través de la cual, regulando sus relaciones mutuas en modo a generar derechos y obligaciones recíprocos, intentan llevar adelante objetivos que se proponen en miras a realizar el bien común. En este sentido, se puede llegar a decir que el derecho es una manifestación de políticas queridas. Por cierto, siempre cabe ulteriormente el juicio de valor tendiente a determinar si la teleología de la norma ha sido lograda, si es eficaz, si es efectiva; ello, en función del bien querido. La geopolítica y la gobernanza del recurso agua ocupan un lugar destacado en la obra. Así, en la Parte VI —agua, geopolítica y gobernanza— se aborda una defensa del río Amazonas y su vasta zona de influencia proponiendo un trabajo colectivo en miras a una solución sostenible de los problemas ambientales, teniendo en cuenta una herramienta posible cual es el marco del Mercosur. En ese mismo enfoque, pero en el ámbito interno, se abordan las sinergias ambientales y las instituciones de gestión que, según se sostiene, conducen a entender que debería recrearse en nuestro país un nuevo sistema federal de concertación en el que la Nación complemente el ejercicio de las facultades provinciales, restituyéndose a las Provincias los recursos tributarios que les corresponden. En este contexto, un capítulo de la obra está dedicado a los humedales de importancia internacional de nuestro país —los sitios Ramsar— y la necesidad de profundizar los conocimientos científicos sobre ellos ya que son esenciales para su regulación jurídica en un enfoque ecosistémico que tome en cuenta su función ecológica, económica y cultural, en el marco de la Convención relativa

a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitats de Aves Acuáticas, de la que la Argentina es parte. Profundizado el enfoque regional y el nacional, ahora con vocación de universalidad, se plantea la cuestión de la creación de un sistema internacional de bonos, inspirado en el sistema de bonos de carbono, que haga posible políticas públicas tendientes a la reducción de la emisión de contaminantes en el agua. Esta Parte de la obra se cierra con un planteo trascendente: el acceso al agua potable es un derecho humano que el Estado ha de asegurar a todas las personas bajo su jurisdicción? Si así fuese, se trataría de un servicio público? Son interrogantes que, por cierto, están directamente vinculados con la definición de políticas públicas y la adopción de normas jurídicas que las harían posibles; desde ya, con voluntad de hacerlas efectivas.

La relación del agua con el hombre es el tema de la Parte VII. En ella se aborda el tema del agua desde lo antropológico y se analiza el proceso de apropiación económica de los recursos hídricos relacionados con la instalación de megaempresas cuya principal consecuencia son los cambios culturales de las poblaciones indígenas y campesinas. Así mismo en esta parte se analiza la relación medio ambiente-sociedad en dos comunidades específicas, la de los tobas al oeste de Formosa y la de los isleños en la Reserva de Biosfera del Delta del Paraná.

Por último, ha de señalarse que si la obra que se comenta trata de “agua”, no podía ignorarse en ella la que cubre las dos terceras partes del planeta. La última Parte —Parte VIII, aguas y espacios marinos— incluye al sistema del Tratado Antártico desde que se aplica al sur de los 60° de latitud sur sin afectar lo relativo al alta mar dentro de esa región; la tecnología satelital aplicada al medio marino —útil, según se señala, para pronosticar y analizar los fenómenos del océano y descubrir la contaminación, detectando químicos, petróleo, desechos sólidos y sustancias radioactivas— y la problemática del financiamiento y garantías internacionales de equipo espacial; y una especial consideración al problema de la pesca furtiva en la zona económica exclusiva del Estado ribereño y la lucha por prevenirla en la Argentina, ya sea que se trate de pesca ilegal o de pesca irregular por parte de buques extranjeros, teniendo en cuenta la existencia de especies transzonales y de especies altamente migratorias.

La obra se cierra con las Conclusiones de los Talleres Internacionales I y II sobre Sinergias Ambientales entre las aguas continentales y las marinas, celebrados en la Argentina en 2006 y en 2007, en los que se destaca la importancia de sinergias multidisciplinares en temas ambientales; a lo que, precisamente, está dedicada esta obra.

La presentación de la investigación editada por la Dra. Capaldo no puede dejar de vincularse con la Cumbre de Río que se celebra este año para conmemorar el 20 aniversario de la Cumbre, también llevada a cabo en Río, y analizar si los compromisos de proteger el planeta, entonces contraídos, se cumplen.

Resulta lamentable señalar que, hasta el presente, parecería que —ni siquiera— existiría compromiso sobre la agenda a tratar por los Jefes de Estado. Si bien se acepta desde hace varias décadas, al adoptarse la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en junio de 1972, que el desarrollo sostenible no puede ser sino ambientalmente adecuado, la idea de una “economía verde”, de una “gobernanza ambiental”, de un “organismo internacional” con cierta autoridad sobre los Estados, parecerían ser —todas— consideraciones que aún estarían lejos de un cierto consenso que en todo caso fuese una herramienta adecuada a combatir la pobreza, preservando los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras. En ese sentido, obras como la que se comenta parecerían imprescindibles; al menos, para conocer los términos de un debate sobre un recurso natural imprescindible a la vida; el agua.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de junio de 2013
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

