

# REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

## 1999-2000

### DOCTRINA

GERARD PEYTRIGNET: *El Comité Internacional de la Cruz Roja y el Derecho Internacional Humanitario a 50 años de la firma de los Convenios Ginebra de 1949: experiencias, enseñanzas y perspectivas institucionales*

HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE: *La aplicación del artículo tres común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 en las situaciones de tensión interna*

HERNÁN SALINAS BURGOS: *El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la protección de las víctimas de los conflictos armados internos internacionalizados*

ARMANDO A. BONADEO: *Actualización de las normas referentes a la limitación de los medios y métodos de combate*

GABRIEL PABLO VALLADARES: *El Comité Internacional de la Cruz Roja y el establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente*

ALICIA E. C. RUIZ: *El derecho: entre el folletín y la tragedia*

ALBERTO RICARDO DALLA VIA: *El nuevo estado en el nuevo milenio*

FRANÇOIS BUGNION: *Hacia una solución global de la cuestión del emblema*

### ENSAYO

CARLOS MARÍA CÁRCOVA: *Derecho, literatura y conocimiento*

### DOCUMENTOS

*Disertación del Señor Presidente de la República de Chile, Doctor Ricardo Lagos Escobar, al recibir el título de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires: "Ética y Globalización"*

OEA. Resolución 1706 (XXX-O/00). *Promoción y respeto del Derecho Internacional Humanitario*

OEA. Resolución 1709 (XXX-O/00).  
*Los niños y los conflictos armados*

NACIONES UNIDAS. *Informe de la comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional; proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes*

### BIBLIOGRAFIA

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

*Universidad de Buenos Aires*  
FACULTAD DE DERECHO  
*Departamento de Publicaciones*

# REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

**1999-2000**



LA LEY S.A.E. e I.  
BUENOS AIRES

## NOMINA DE AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Andrés J. D'Alessio  
Vicedecano: Dr. Guillermo R. Moncayo  
Secretaria Académica: Dra. Mónica Pinto  
Secretario de Hacienda y Administración General: Dr. Gonzalo Alvarez  
Secretario de Extensión Universitaria: Dr. Juan Pablo Mas Vélez  
Secretaria de Investigación y Doctorado: Dra. Hebe Leonardi de Herbón  
Secretaria de Relaciones Institucionales: Dra. María Cecilia Gómez Masía  
Subsecretario Académico: Dr. Sergio Brodsky  
Subsecretario de Hacienda: Cdor. Luis M. Barreiro

### CONSEJO DIRECTIVO

#### Profesores:

Consejeros Titulares: Dr. Atilio A. Alterini, Dr. Juan A. Travieso, Dra. Mónica Pinto,  
Dr. Humberto Podetti, Dr. Alberto Bueres, Dr. Carlos María Cárcova, Dr. Joaquín  
P. Da Rocha, Dra. Graciela Güldi.  
Consejeros Suplentes: Dr. Guillermo Roberto Moncayo, Dr. Lino E. Palacio, Dr. Víctor  
Tau Anzoátegui, Dra. Adriana Wagmaister, Dra. Haydée S. Talavera, Dr. Raúl A.  
Etcheverry, Dr. Rafael M. Manóvil, Dr. Juan Octavio Gauna

#### Graduados:

Consejeros Titulares: Dr. Leandro Vergara, Dr. Javier Concepción, Dr. Horacio Bersten,  
Dr. Héctor Hulci.  
Consejeros Suplentes: Dra. Valeria Thus, Dr. León Hirsch, Dr. Mario Gambacorta,  
Dr. Enrique Rodríguez Chiantore

#### Estudiantes:

Consejeros Titulares: Sr. Lucas Bettendorff, Sr. Mariano L. Mugnolo, Sr. Alejo Ramos  
Padilla, Sr. Mariano Tolosa.  
Consejeros Suplentes: Sr. Santiago Topino, Srta. Laura Kasakoff, Srta. Natalia Fernández  
Aquier, Sr. Alejo Monner Sans.

### DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Dra. Mary Beloff  
Subdirector: Dr. Carlos Parisse  
Secretario: Nicolás Eliachev

### REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director (i): Profesor Guillermo R. Moncayo  
Subdirector: Profesor Carlos R. Cárcova  
Secretario de Redacción: Profesor Pedro Aberastury (h.)  
Consejo de Redacción: Profesores Roberto M. López Cabana †, Aristides Corti, Jorge  
Rodríguez Mancini, Rafael Mariano Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés  
Weinberg.

## INDICE

Pág.

### DOCTRINA

- GERARD PEYTRIGNET: *El Comité Internacional de la Cruz Roja y El Derecho Internacional Humanitario a 50 años de la firma de los Convenios Ginebra de 1949: experiencias, enseñanzas y perspectivas institucionales* 3
- HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE: *La aplicación del artículo tres común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 en las situaciones de tensión interna* 17
- HERNAN SALINAS BURGOS: *"El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la protección de las víctimas de los conflictos armados internos internacionalizados"* 37
- ARMANDO A. BONADEO: *Actualización de las normas referentes a la limitación de los medios y métodos de combate* 61
- GABRIEL PABLO VALLADARES: *El Comité Internacional de la Cruz Roja y el establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente* 73
- ALICIA E. C. RUIZ: *El derecho: entre el folletín y la tragedia* 99
- ALBERTO RICARDO DALLA VIA: *El nuevo estado en el nuevo milenio* 111
- FRANCOIS BUGNION: *Hacia una solución global de la cuestión del emblema* 135

### ENSAYO

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA: *Derecho, literatura y conocimiento* 171

### DOCUMENTOS

- Disertación Del Señor Presidente de la República de Chile, Doctor Ricardo Lagos Escobar al recibir el título de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires: "Ética y Globalización"* 183
- OEA. Resolución 1706 (XXX-O/00). *Promoción y respeto del Derecho Internacional Humanitario* 193

## INDICE

Pág.

### DOCTRINA

- GERARD PEYTRIGNET: *El Comité Internacional de la Cruz Roja y El Derecho Internacional Humanitario a 50 años de la firma de los Convenios Ginebra de 1949: experiencias, enseñanzas y perspectivas institucionales* 3
- HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE: *La aplicación del artículo tres común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 en las situaciones de tensión interna* 17
- HERNAN SALINAS BURGOS: *"El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la protección de las víctimas de los conflictos armados internos internacionalizados"* 37
- ARMANDO A. BONADEO: *Actualización de las normas referentes a la limitación de los medios y métodos de combate* 61
- GABRIEL PABLO VALLADARES: *El Comité Internacional de la Cruz Roja y el establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente* 73
- ALICIA E. C. RUIZ: *El derecho: entre el folletín y la tragedia* 99
- ALBERTO RICARDO DALLA VIA: *El nuevo estado en el nuevo milenio* 111
- FRANÇOIS BUGNION: *Hacia una solución global de la cuestión del emblema* 135

### ENSAYO

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA: *Derecho, literatura y conocimiento* 171

### DOCUMENTOS

- Disertación Del Señor Presidente de la República de Chile, Doctor Ricardo Lagos Escobar al recibir el título de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires: "Ética y Globalización"* 183
- OEA. *Resolución 1706 (XXX-O/00). Promoción y respeto del Derecho Internacional Humanitario* 193

	Pág.
OEA. Resolución 1709 (XXX-O/00). <i>Los niños y los conflictos armados</i>	
NACIONES UNIDAS. <i>Informe de la Comisión Preparatoria de la corte penal internacional. Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes</i>	197
	199

## BIBLIOGRAFIA

ANTONIO REMIRO BROTONS y ROSA RIQUELME CORTADO, JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER, ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD y LUIS PÉREZ-PRAT DURBÁN. McGRAW-HILL: <i>"Derecho Internacional"</i> ,	255
ERNESTO REY CARO: <i>"La solución de Controversias en los Procesos de integración en America. El MERCOSUR"</i>	259
ERNESTO REY CARO y NELSON DANIEL MARCIONNI: <i>"Evolución de las pesquerías en el Derecho Internacional. Una Perspectiva Argentina"</i>	263
ALDO FERRER: <i>De Cristóbal Colón a Internet: América Latina y la globalización</i>	267
PEDRO ABERASTURY y MARÍA ROSA CILURZO: <i>"Curso de Procedimiento Administrativo"</i>	271
FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER: <i>Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1998</i>	275

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE LA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE  
INTERINTEGRAL DE LA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE  
DE LOS CUATRO VECES DE LA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE  
INTEGRAL DE LA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

## DOCTRINA

Al volverse la principal herramienta para la Promoción de Derecho y Justicia Social de la Universidad de Buenos Aires de poseer un número especial de la "Revista Jurídica" el tema del Derecho Internacional Humanitario (DIH) la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay tiene el placer de contribuir a una importante tarea con la entrega de este número dedicado a aspectos particulares de la temática objeto de la presente edición.

Trata en primer lugar de un acercamiento al conocimiento actual del DIH y a las principales normas que rodean su aplicación y su desarrollo en el marco de las relaciones desarmadas en torno a los 50 años de los Convenios de Ginebra de 1949 en el tema de protección internacional que recoge la presentación hecha por el Delegado Regional del CICR en Buenos Aires en el marco de la jornada académica organizada por la UBA el día 12 de agosto de 1999 con el fin de conmemorar este aniversario histórico. Así mismo se ofrece un estudio sobre la creación de la Carta Penal Internacional desde el punto de vista del Comité Internacional de la Cruz Roja, en la calidad de guardian del derecho internacional humanitario, a cargo del Asesor Jurídico de esta Delegación Regional.

Agradeciendo las importantes contribuciones académicas proporcionadas por varios eminentes juristas de la región para completar este trabajo esperamos que esta publicación contribuya a consolidar los compromisos, nutrir el interés y enriquecer la conciencia de todos los que pueden contribuir a una mejor protección del ser humano y de su dignidad en todas las situaciones de conflictos armados y de violencia.

(\*) Delegado Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, Buenos Aires.

EL COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y EL DERECHO  
INTERNACIONAL HUMANITARIO A 50 AÑOS DE LA FIRMA  
DE LOS CONVENIOS GINEBRA DE 1949: EXPERIENCIAS,  
ENSEÑANZAS Y PERSPECTIVAS INSTITUCIONALES

por GERARD PEYTRIGNET (\*)

*Prólogo*

Al saludar la iniciativa tomada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires de dedicar un número entero de su "Revista Jurídica" al tema del Derecho Internacional Humanitario (DIH), la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay tiene el placer de contribuir a esta importante empresa con la entrega de dos estudios dedicados a aspectos particulares de la temática objeto de la presente edición.

Trátase en primer lugar de una aproximación al significado actual del DIH y a los principales desafíos que rodean su aplicación y su desarrollo en el marco de las reflexiones desarrolladas en torno a los 50 años de los Convenios de Ginebra de 1949, en un texto de perspectiva institucional que recoge la presentación hecha por el Delegado Regional del CICR en Buenos Aires en el ámbito de la jornada académica que organizó la UBA, el día 12 de agosto de 1999, con el fin de conmemorar este aniversario histórico. Así mismo, se ofrece un estudio sobre la creación de la Corte Penal Internacional desde el punto de vista del Comité Internacional de la Cruz Roja, en su calidad de guardián del derecho internacional humanitario, a cargo del Asesor Jurídico de esta Delegación Regional.

Agradeciendo las importantes contribuciones académicas proporcionadas por varios eminentes juristas de la región para completar este trabajo, esperamos que esta publicación contribuya a consolidar los conocimientos, nutrir el interés y reforzar la conciencia de todos los que pueden contribuir a una mejor protección del ser humano y de su dignidad en todas las situaciones de conflictos armados y de violencia

---

(\*) Delegado Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, Buenos Aires.

normas relativas a la aplicación y al respeto de esta normativa, de sus principios fundamentales y de sus mecanismos de implementación.

*Reflexiones en honor al 50º aniversario de  
los Convenios de Ginebra de 1949*

El 12 de agosto de 1999 se desarrollaron en la ciudad de Ginebra, Suiza, las ceremonias destinadas a conmemorar el quincuagésimo aniversario de los principales tratados destinados a proteger al ser humano contra los horrores de la guerra: los Convenios de Ginebra de 1949.

En esta ocasión, un Manifiesto solemne fue firmado, por quince personalidades de alto renombre, encabezadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, instando a todos los responsables militares y políticos así como a todos los combatientes que se encontraran implicados en uno u otro conflicto armado alrededor del mundo, el pleno respeto de las normas y de los principios humanitarios emanados de estos tratados, con el fin de evitar los sufrimientos de tantas víctimas inocentemente afectadas por las tribulaciones de la guerra. Esta declaración afirmaba, además, que si bien el desprecio de estos principios conllevaba, con seguridad, los gérmenes de la perpetuación de la guerra, su aplicación y su respeto, al contrario, facilitaban la búsqueda de la paz y su futura consolidación.

Aprovechando la ocasión que nos brindó esta jornada, disertaremos y reflexionaremos en torno a este medio siglo de vigencia de los Convenios de 1949, estos tratados que representan la piedra angular de un sistema jurídico erigido como la última protección del ser humano contra los excesos de la guerra, el derecho internacional humanitario moderno.

Procuraremos estudiar, entonces, cuáles son los significados más importantes que representan el legado histórico de estos instrumentos universales, los que hoy día cuentan con 188 Estados Parte. Nos propondremos examinar luego cuál es su relevancia actual en el marco de los conflictos armados que asolan nuestro mundo, y cómo se pueden enfocar los retos del devenir de este cuerpo normativo, cuerpo que se ha esforzado, desde sus albores, en hacer que el uso de la fuerza en las relaciones entre grupos humanos se fuera ajustando, por lo menos, a ciertas reglas humanitarias y a ciertas pautas de comportamiento. En efecto, ello seguirá siendo infelizmente necesario, mientras el recurso a las armas continúe siendo el medio más comúnmente usado por el hombre para dirimir diferendos, y eso, a pesar de su prohibición, tal como proclama la Carta de las Naciones Unidas de 1945.

Asimismo, trataremos de mostrar cómo estos Convenios, más allá de enunciar reglas y de proponer medidas destinadas a implementar-

las, han sido la base principal del desarrollo de una acción humanitaria emprendida en el campo de batalla y en sus alrededores, para tratar de llevar a las víctimas de los conflictos una protección concreta contra los atropellos a sus derechos, una asistencia directa destinada a aminorar sus sufrimientos y una presencia solidaria apuntando a devolverles dignidad y esperanza.

El enfoque complementario entre derecho y acción que se acaba de mencionar, entre el desarrollo de un "campo normativo" y de sus modalidades de aplicación, y la puesta en práctica de un "campo operativo", destinado a traducir en acciones concretas los preceptos y principios rectores de este derecho, este dualismo mutuamente enriquecedor, caracteriza nitidamente el quehacer fundamental del Comité Internacional de la Cruz Roja, inspirador y gestor de los Convenios conmemorados este día.

Desde sus albores, más de 135 años atrás el Comité Internacional —CICR— ha sido la principal fuente de desarrollo de la codificación de los tratados humanitarios abogados a proteger a las víctimas de los conflictos armados a través, entre otros medios, del concepto de la "neutralización" del militar herido, del naufrago, del prisionero de guerra o del internado civil, y a su vez, de los servicios sanitarios encargados de atenderlos y de los organismos específicamente creados para actuar de manera neutral e imparcial bajo la protección del emblema de la cruz roja.

Es así que desde el originario "Convenio de Ginebra de 1864" —primer instrumento multilateral de derecho humanitario— a los Protocolos Adicionales I y II de 1977, pasando por los actualmente vigentes 4 Convenios de 1949, el CICR, a pesar de su carácter de organización privada, sin carácter intergubernamental, se ha mantenido en la vanguardia en materia de propuestas de adaptación del derecho internacional humanitario a las nuevas realidades históricas, a los nuevos contextos políticos y a las nuevas necesidades humanitarias, elaborando —junto con expertos gubernamentales civiles y militares—, los anteproyectos de textos a ser debatidos y sometidos a los negociadores plenipotenciarios.

Paralelamente al desarrollo del llamado "derecho de Ginebra", específicamente destinado a brindar protección a ciertas categorías de personas vulnerables, el CICR ha propiciado la incorporación paulatina en estos tratados de las reglas relativas a la conducción de las hostilidades, normas que los especialistas suelen categorizar como "derecho de La Haya".

Aunque algunos tratados pertenecientes al ámbito del derecho humanitario hayan sido elaborados en el recinto más clásico de las Naciones Unidas, particularmente los referentes al control y a la limi-

tación de armas, como la Convención sobre armas clásicas de 1980, la Convención sobre armas químicas de 1983 o el más reciente tratado sobre minas antipersonal de 1997, los expertos del CICR han sido estrechamente asociados a la elaboración de estos tratados, tanto por la experiencia que sus delegados han venido acumulando en materia de operaciones humanitarias y por la pericia de sus juristas especializados.

¿Qué balance honesto podría hacerse, al cumplirse 50 años de vigencia de estos Convenios, los que algunos no han dudado en considerar parte del patrimonio universal de la humanidad, por la trascendencia de sus reglas erigidas como un baluarte defensor de la propia especie humana en contra de las embestidas extremas de la demencia? —estos actos ignominiosos que son susceptibles de generarse cuando las guerras se libran sin cuartel, y las batallas se traban sin la mínima consciencia de limitaciones impuestas por lo que la conocida “cláusula de Martens” define como “el Imperio de los principios de humanidad contenidos en el derecho de gentes así como los dictados de la conciencia pública”.

A guisa de introducción, nos parece valedero recordar el inmenso desafío moral que constituye la meta de tratar de reglamentar una actividad que ha sido puesta al margen de la ley internacional, esforzándose, no le temamos a las palabras, de humanizar lo más inhumano que haya inventado el hombre, la guerra.

En segundo lugar, representa otro desafío para el CICR el tener que actuar como agente de implementación de una normativa que, al fin de cuentas, reconoce el carácter ineluctable de los conflictos armados y cuyas normas representan un constante acomodo entre dos intereses fundamentalmente divergentes: los imperativos humanitarios, por un lado, y las necesidades militares, por el otro.

Así, un movimiento internacional humanitario como el de la Cruz Roja, que se basa en principios como el respeto del prójimo, la solidaridad humana, y por ende la promoción de un espíritu de tolerancia y de paz, tiene que convivir con esta dura realidad: desempeñando buena parte de sus actividades en torno a la atención de las consecuencias humanitarias de las guerras y siendo un testigo diario del sufrimiento ingente engendrado por las hostilidades, no le compite opinar sobre la legalidad ni sobre la legitimidad de las acciones bélicas emprendidas. Por el contrario, ha de limitar su papel esencial al del “buen samaritano”. Es más, debe actuar de manera neutral, imparcial e independiente para preservar la confianza de todas las partes y poder así gestionar de manera eficaz el respeto de las normas establecidas.

En resumidas cuentas, vemos entonces que la distinción aparentemente erudita que hacen los juristas entre el “ius ad bellum” y el “ius

in bello", o sea entre las normas que regulan la legalidad del uso de la fuerza y las que se empeñan en temperar sus manifestaciones, corresponde a dos registros de acción fundamentalmente distintos.

La Cruz Roja, para poder estar presente, en el meollo de los combates, al lado de todas las víctimas, debe entonces circunscribir su accionar al campo del "ius in bello". Por ejemplo, exigiendo, sin reparos de conciencia, el mismo respeto de las normas humanitarias a actores tan diferentes como pueden serlo fuerzas multinacionales de intervención amparadas por el derecho internacional o cobijadas por su seguridad de servir una justa causa, o "renegados de la comunidad internacional", fuerzas anárquicas o grupos genocidas.

Sin poder dedicarse de lleno a tareas de solución de las raíces de las controversias o de los problemas que las generan, ni empeñarse directamente en obrar a la resolución activa de los conflictos, la Cruz Roja estima sin embargo que, al poner en práctica la promoción del respeto del enemigo caído o fuera de combate, o la exigencia de la clara separación que ha de mantenerse entre población civil y objetivos militares, aporta, a la postre, una contribución segura a la causa de la paz.

Hechas estas aclaraciones liminares, podremos explorar algunos de los aspectos propios del DIH existente. Los que constituyen, hoy día, campos abiertos de reflexión y de interrogación, en vista de sus posibles faltas de adecuación al contexto contemporáneo, mencionando estos campos sin poder ahondar en desarrollos detallados ni pretender a un análisis exhaustivo.

Los retos señalados son básicamente de dos índoles: los que tienen que ver con la idoneidad de la norma y las que se relacionan a sus procedimientos de aplicación. Empezaremos con algunos puntos tocantes a la normativa.

En primer lugar, la cuestión de la distinción entre las normas aplicables en los conflictos internacionales y las aplicables en los conflictos internos ha de plantearse nítidamente, dada la inmensa preponderancia actual de luchas de tipo intestino sobre clásicas contiendas bélicas inter-estatales.

En este contexto, cabe preguntarse seriamente si es humanamente admisible que métodos y medios de hacer la guerra que quedan expresamente prohibidos en conflictos armados internacionales, vale decir en contra de un enemigo externo, pueden ser considerados como aceptables en conflictos internos, contra ciudadanos propios, aunque se les tilde de rebeldes o cualquier otro epíteto despectivo. Felizmente, desarrollos recientes intervenidos en los tratados de DIH muestran que esta distinción heredada del tiempo del concepto de la soberanía

nacional absoluta tiende a limarse, al considerar como de tipo absoluto las prohibiciones de uso de ciertas armas específicas, como las químicas o las minas.

Asimismo, el actual ámbito de aplicabilidad del DIH en los conflictos armados internos implica una serie de condiciones que no reúnen, a menudo, los llamados "conflictos de baja intensidad". En estas situaciones de disturbios violentos que no llegan al umbral de aplicación del artículo 3 común a los Convenios de 1949, ni menos al del Protocolo 2 de 1977 —este último, ya vinculante para 145 Estados—, las víctimas de los enfrentamientos o de los acontecimientos se encuentran por lo menos amparadas por las normas nacionales e internacionales vigentes en materia de derechos humanos. Existen distintas iniciativas tendientes a desarrollar códigos de normas y de principios humanitarios que serían aplicables en todas las situaciones de violencia, pero ellas no pasan aun del carácter de instrumentos no vinculantes.

A notar que en las situaciones de conflictos de baja intensidad, de disturbios interiores o de tensiones internas en las cuales el DIH no es formalmente invocable, una institución como el CICR puede sin embargo ofrecer sus servicios a los Estados para convencerlos de permitir que desempeñe sus tareas humanitarias, entre ellas las visitas a detenidos de índole política o de seguridad. Se trata del "derecho de iniciativa" del CICR consagrado por los Convenios de Ginebra y por los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja, el que permite que estas iniciativas no sean consideradas por los Estados como injerencias indebidas en sus asuntos domésticos.

Tratándose de las normas de conducción de las hostilidades, ellas han sido incorporadas, esencialmente, en el Protocolo 1 de 1977 relativo a los conflictos armados internacionales, y en el cual 154 Estados son hoy partes. Recordemos aquí tres principios rectores de este campo de normas que son contenidos en dicho instrumento (art. 35 y 48): el primero es que el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos y medios de hacer la guerra no es ilimitado; el segundo prohíbe el empleo de armas y de métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios; y el tercero impone a las partes en conflicto a que hagan una distinción, en todo momento, entre objetivos militares de un lado y personas o bienes civiles protegidos del otro, prohibiendo en forma tajante los ataques de carácter indiscriminado.

En este contexto, podemos señalar que en conflictos recientes, como los del Golfo Pérsico y de la ex-Yugoslavia, los que supusieron un empleo masivo del poderío aéreo, ciertas nociones quedaron abiertamente pendientes de precisión. Como, por ejemplo, la definición exacta de qué constituye o no un objetivo militar, o la de cuál es el alcance exacto del principio de proporcionalidad entre las ventajas militares concre-

tas esperadas de una acción y los daños a personas y bienes protegidos, daños tristemente acuñados hoy como inocuamente "colaterales".

La cuestión del desarrollo de nuevos tipos de armas o de métodos de guerra tiene también una importancia capital, ya que cada innovación tecnológica en esta materia amenaza en dejar caduca la protección brindada por el derecho humanitario. A este respecto, cabe mencionar un artículo importante del Protocolo I de Ginebra (art. 36) que obliga a los Estados Parte a examinar la conformidad al DIH en particular, y al derecho internacional en general, del desarrollo, de la adquisición o del uso contemplado de nuevas armas o de nuevos métodos de guerra.

De ser más seriamente observada, esta norma hubiera quizá permitido a la comunidad internacional ahorrarse lo que han significado los esfuerzos tendientes a prohibir o limitar ciertas armas de efectos indiscriminados, cuyos desarrollos atentan contra los principios rectores del derecho humanitario que se mencionaron anteriormente. Sin embargo, han de saludarse la celebración de tratados especiales que prohíben, por ejemplo, el uso de proyectiles con fragmentos no localizables (1980), armas incendiarias (1980), armas químicas (1993), armas láser cegadoras (1995), minas, armas trampa y otros artefactos explosivos (1996) y finalmente minas antipersonal (1997).

En cuanto a la cuestión de las armas atómicas, en su modalidad de "uso real", con efectos indiscutiblemente indiscriminados, y con su componente de "amenaza de uso" de carácter disuasivo, no ha sido tratada por los Convenios de DIH. Sabemos que en las negociaciones emprendidas en Ginebra con miras a adoptar los Protocolos de 1977, se evitó cuidadosamente de abordar el tema, so pena de haber amenazado el proceso entero de desarrollo del DIH que había sido emprendido. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1996 sobre la cuestión de la licitud del uso o de la amenaza de uso de las armas nucleares no logra dar una interpretación definitiva a esta pregunta esencial de saber si las armas nucleares son o no son compatibles con el derecho existente.

En otro registro, quisiéramos todavía mencionar la actualmente muy debatida cuestión de las transferencias de armas de tipo ligeras y de su proliferación incontrolable en zonas afectadas por conflictos armados o por situaciones de violencia anárquica. La mera disponibilidad de estas armas en el mercado y su uso irresponsable por combatientes sin jerarquías ni principios agrava tremendamente la situación humanitaria. El CICR alienta así a la comunidad internacional a que actúe firmemente para poner coto a un fenómeno tanto más nefasto que es alentado por el apetito de lucro de los traficantes e intermediarios sin escrúpulos. En este sentido, han de destacarse varias iniciativas regionales de convenciones, reglamentos, moratorias y códigos de conducta tendientes a atajar esta plaga.

Terminemos este análisis de la relevancia de los Instrumentos vigentes de DIH frente a las innumerables violaciones de sus normas que se cometen en el ámbito de los conflictos, y reflexionando sobre sus mecanismos y sus procedimientos de aplicación, incluidas las medidas de represión de sus infracciones. En efecto, la actualidad de estos últimos años nos ha dado tantos ejemplos de violaciones graves al derecho humanitario que debemos todos reflexionar en torno a la siguiente pregunta:

¿Son las reglas, las que se encuentran inadaptadas a la situación en las cuales se llevan a cabo los conflictos armados, y en este caso, cabría contemplar una revisión completa de este edificio jurídico pacientemente edificado? ¿O son al contrario los medios de hacer respetar esta normativa que fallan, en cual caso nos encontraríamos frente a las debilidades naturales del derecho internacional en general, con una justicia supranacional incipiente sin verdadero componente coercitivo?

Para el CICR, no cabe duda que hay que desvirtuar el mito del "nuevo derecho" que pretendería solucionar toda inobservancia de las reglas existentes, por otras, supuestamente más eficaces y completas. Sin descartar necesarias adaptaciones periódicas, profundizaciones y precisiones de aplicación del derecho vigente, apostamos en realidad a mejorar los sistemas de aplicación a través de mecanismos de distintas índoles, como son las medidas de prevención, las medidas nacionales de implementación, las medidas de control, y finalmente las de sanción y de represión.

En materia de prevención, mencionemos, entre otras, la necesidad de difundir las normas del derecho humanitario entre los sectores más concernidos por su aplicación. Trátase de las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad, las cuales tienen, por lo demás, la obligación convencional de enseñar la normativa del derecho de los conflictos armados entre sus filas. El CICR ha hecho de esta tarea una de sus principales actividades, con el fin de apoyar los esfuerzos emprendidos por estas fuerzas, y lograr una institucionalización de la instrucción de esta materia en los currículum de las academias de oficiales y de los centros de capacitación y de entrenamiento. Sin embargo, la difusión sólo sirve, obviamente, para los casos en que las violaciones del DIH son fruto del desconocimiento potencial de sus reglas.

Tratándose de las "medidas nacionales de aplicación", podemos citar, entre tantas, la necesidad de incluir en las legislaciones nacionales la debida penalización de las infracciones a los convenios humanitarios. En este sentido, nuestros asesores jurídicos trabajan con las instancias civiles y militares de los gobiernos del mundo para adelantar, donde haga falta, las correspondientes reformas de códigos penales y de reglamentos.

En efecto, los mecanismos nacionales de represión tienen la función primera de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Estado por parte de sus agentes, en aplicación del principio del "juzgar o dar a juzgar", mecanismos oportunamente complementados por las instancias penales internacionales existentes, para los casos en los cuales el Estado se sustrae a sus obligaciones. En efecto, cuando las infracciones son deliberadas y sistemáticas, y más aun cuando obedecen a una política de Estado, no cabe otra opción que la de recurrir a los sistemas jurídicos de tipo internacional.

Los tribunales "ad hoc" para Ruanda y para la ex Yugoslavia, así como el recién aprobado Estatuto de la "Corte Penal Internacional" representan, sin duda alguna, avances importantes en materia de represión de los crímenes de guerra, en aplicación de la llamada "competencia penal universal" instituida por los Convenios de Ginebra.

Las medidas de control hacen parte del andamiaje de puesta en obra del DIH. Entre ellas figura la institución de las Potencias protectoras, hoy en amplio desuso. Destaquemos al respecto que el papel particular del CICR se ejerce en sustitución de este régimen de control, en base a la calidad de "organización humanitaria imparcial" que le ha sido expresamente reconocido en los Convenios para que pueda desempeñar su cometido de "intermediario neutral" entre los adversarios. La Comisión Internacional de Encuesta, instituida en el art. 90 del Protocolo I y cuya competencia ha sido reconocida por ya 53 países puede, en determinadas circunstancias, contribuir a la averiguación imparcial de hechos alegados.

Entonces, existen sin duda alguna mecanismos de aplicación que, sin llegar a la perfección, deberían permitir un funcionamiento adecuado del sistema. ¿Qué falta entonces?

De nuestro punto de vista la respuesta principal podría resumirse en una falta de voluntad política de la comunidad internacional en darse los medios tendientes a hacer respetar la observancia de los preceptos del derecho humanitario en los conflictos armados.

Cabe entonces recordar, una y otra vez, el artículo primero de estos Convenios de Ginebra por el cual los Estados Parte se han comprometido no sólo a respetarlos, sino también a hacerlos respetar, en todas las circunstancias. Esta responsabilidad colectiva instituye en realidad una obligación solidaria de actuar a fin de asegurar el respeto de normas tan importantes. Nadie puede rehusar de su deber, ya que al permitir violaciones sistemáticas del derecho humanitario, la comunidad de las naciones permite que se debilite y se desvalorice un sistema universal de protección última de la persona humana en las situaciones extremas que constituyen la guerra, o sea la derrota del derecho.

## Conclusiones

Los instrumentos emblemáticos de los tres sistemas de protección de la persona humana que han sido codificados al salir de la segunda guerra mundial acaban de celebrar, celebran o celebrarán, recién, un medio siglo de existencia: nos referimos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951. Reflexionemos juntos, entonces, sobre las vías que permitan dar un nuevo impulso a las virtudes de estos instrumentos, y sobre todo a los valores que los han inspirado, y que constituyen una afirmación del triunfo de la civilización sobre la barbarie, así como una victoria de la humanidad y de la solidaridad en contra del egoísmo y de la indiferencia. Uniendo las voluntades y los esfuerzos, podemos hacer la diferencia.

"Cada uno es responsable de todo ante todos ...", reza la divisa del Fedor Dostoievsky que se encuentra estampada en el pórtico del Museo Internacional de la Cruz Roja. Podamos todos suscribir a este compromiso.

### BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA Y OBRAS RECOMENDADAS

#### PAGINA WEB DEL COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR)

- . Portal general de entrada CICR:  
[www.cicr.org](http://www.cicr.org)
- . Versión española:  
[www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa)
- . Información / temas específicos sobre América Latina: [www.cicr.org/spa/america\\_latina](http://www.cicr.org/spa/america_latina)
- . Revista internacional de la Cruz Roja (esp.) "on line": [www.cicr.org/spa/revista](http://www.cicr.org/spa/revista)
- . Documentos referentes al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja: [www.redcross.alertnet.org](http://www.redcross.alertnet.org)
- . Federación internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja: [www.ifrc.org](http://www.ifrc.org)

BARBERIS J, "*El Comité internacional de la Cruz Roja como Sujeto del Derecho de Gentes*", Studies in honour of Jean Pictet, CICR - M. Nijhoff, 1984.

BLONDEL Jean-Luc y DAVEY Steven, "*Cruz Roja y Media Luna Roja. La participación del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en campañas de sensibilización*", Revista internacional de la Cruz Roja (RICR), Ginebra N° 833, marzo de 1999.

BUGNION François, "*Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*", CICR, 1994, XLIII, 1438 pp. (francés).

BUGNION François *"El derecho internacional humanitario puesto a prueba por los conflictos de nuestro tiempo"*, Revista internacional de la Cruz Roja (RICR) Ginebra, N° 835, septiembre de 1999.

BUGNION, François. *"De finales de la Segunda Guerra Mundial a los albores del Tercer Milenio. La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja bajo el influjo de la guerra fría y de sus secuelas: 1945-1995. Hace 50 años Hiroshima..."*, separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo-abril, mayo-junio de 1995, 20 pp.

CANÇADO TRINDADE António Augusto y SWINARSKI Christophe (reds), GROS ESPIELL Héctor - Amicorum Liber. *"Persona humana y derecho internacional / Personne humaine et droit international / Human Person and international law"*, Bruylant, Bruselas, 1997; 1878 páginas.

CANÇADO TRINDADE António Augusto, PEYTRIGNET Gérard, RUIZ DE SANTIAGO Jalme. *"As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana - Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direitos dos Refugiados"*, IIDH / CICR / ACNUR, San José / Costa Rica - Brasília, 1996.

CDHNU, *"El derecho humanitario internacional y los derechos humanos"*, Centro de derechos humanos de Naciones Unidas. Folleto informativo N° 13, Ginebra, 1992.

CICR-Federación Internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *"27ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 31 de octubre - 6 de noviembre de 1999: "Resolución I", Ginebra, 2000, 22 pp. incl. adopción de la "Declaración" y del "Plan de Acción para los años 2000-2003". Véase también "Compendio de documentos" (docs.preparatorios de la Conferencia) y SOMMARUGA Cornelio, Declaración, 29 noviembre 1999: "Un paso en la buena dirección".*

CICR-Federación Internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *"Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja"*, 1994, incl. *"Textos Convenios de derecho de Ginebra y derecho de la Haya"*, *"Cuadros de Estados Parte"*, *"Estatutos y Reglamentos del CICR, del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y de la Federación internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja"*, *"Selección de Resoluciones de Conferencias Internacionales de la Cruz Roja, del Consejo de Delegados y de la Asamblea General de la Federación"*.

CICR-Federación internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Sevilla, 25-27 de Noviembre de 1997, *"Acuerdo sobre la organización de las actividades internacionales de los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja"*. Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo de 1998, 22 pp.

CICR, M. NIJHOFF, *"Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet"*, 1984, 1143 pp., Bilingüe francés-inglés.

CICR - JUNOD Sylvie-Stoyanka, *"Comentario del Protocolo II de Ginebra del 8 de junio de 1977 y del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del 12 de*

agosto de 1949", CICR - Plaza & Janés Editores, Bogotá, 1998. NB. versión española del Comentario al Protocolo I, en preparación. (véase también SANDOZ Y., SWINARSKI Ch., ZIMMERMANN B. (ed.), "Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949", CICR/Martinus Nijhoff, Ginebra, 1986).

CICR-UIP, *"Respetar y hacer respetar el Derecho internacional humanitario - Guía práctica para los parlamentarios"*, N° 01/1999.

CICR, *"Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades"* (Colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados), Ginebra, 1992.

CICR, *"Fight it right"* (Manual modelo sobre instrucción en materia de derecho de conflictos armados para Fuerzas Armadas, versión en español en preparación), CICR Ginebra, 1999.

CICR, *"Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja para la Conferencia de Revisión de la Convención de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados"*, 1994, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo-abril de 1994.

CICR, *"Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional - hacia el cese de la impunidad / - Posición del CICR"*, 1998.

CICR, *"Testimonios sobre la guerra: los primeros resultados"*, 1999, 20 p.; véase también Greenberg Research, Inc. *"The People on war Report: ICRC worldwide consultation on the rules of war"*, Report by Greenberg Research Inc., CICR, Ginebra, 2000, 113 pp.

CICR, *"Revista Forum: Guerra, dinero y supervivencia"*, Ginebra, 2000, 109 pp.

CICR, *"Le conflit des Balkans et le respect du droit international humanitaire"*, Declaración pública del Comité Internacional de la Cruz Roja, 23 de abril de 1999, Ginebra (disponible en inglés y francés en página web).

CICR, *"La acción del CICR en favor de los presos"*, Ginebra, 1997, 35 pp.

CICR, *"Aplicación del derecho internacional humanitario. Informe anual del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR"*, 1999.

CICR, *"Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar"*, aprobado en junio de 1994, separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, noviembre-diciembre de 1995, 46 pp.

CONSIGLI José Alejandro y VALLADARES Gabriel, *"Las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas - Una aproximación desde el derecho internacional"*, in particular capítulo VI, "Las operaciones de paz de Naciones Unidas y el Derecho internacional humanitario, CARI Buenos Aires, 1997

COUPLAND, Robin M., *"El proyecto SIrUS: para determinar qué armas causan males superfluos o sufrimientos innecesarios"*, British Medical Journal 1997, vol. 315. CICR, Ginebra, 1997, 43 pp.

COUPLAND Robin M. FRCS, y HERBY Peter. *Determinación de la legalidad de un arma - un nuevo enfoque: el proyecto SfrUS*, RICR Ginebra N° 835, septiembre de 1999.

DE ROVER Cees, *Servir y proteger: Derecho de los derechos humanos y derecho humanitario para las fuerzas de policía y de seguridad*, CICR, Ginebra, 1998, 455 pp.

DOSWALD BECK Louise, *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, enero de 1997. Revista Internacional de la Cruz Roja N° 139, pp. 37-58.

GASSER, Hans-Peter, *Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones interiores: Propuesta de un Código de Conducta CICR*, 1988, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, enero-febrero de 1988.

GOLDMAN Robert K., *Codificación de normas internacionales acerca de personas desplazadas en el interior de un país - un ámbito en el que se consideran los derechos humanos y el derecho humanitario*, RICR, Ginebra N° 147, septiembre de 1998.

GOLDMAN Robert K., *Derecho internacional humanitario y actores no gubernamentales*, Estudios básicos de derechos humanos N° 1, IIDH - Comisión Unión Europea, San José / Costa Rica, 1994.

GROSSRIEDER Paul, *¿Un porvenir para el derecho internacional humanitario y sus principios?*, RICR Ginebra N° 833, marzo de 1999.

GUTMAN Roy y RIEFF David, *Crimes of War, what the public should know ...*, K. Anderson Legal Editor, 1999. Véase también GUTMAN Roy, *En el punto de mira, violaciones del derecho internacional humanitario. Cometido de los medios de comunicación*, RICR Ginebra, N° 148, diciembre 98.

HARROF-TAVEL Marion, *La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna* CICR, 1993, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, mayo-junio de 1993.

HERBY Peter, *Transferencias de armas, ayuda humanitaria y derecho humanitario*, RICR Ginebra N° 148, diciembre de 1998.

HERBY Peter, *Disponibilidad de armas y situación de los civiles en caso de conflicto armado - Resumen del estudio del CICR para la 27a Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, RICR Ginebra, N° 835, septiembre de 1999.

HERBY Peter y MASLEN Stuart, *Prohibición internacional de las minas antipersonal. Historia y negociación del Tratado de Ottawa*, RICR Ginebra, N° 148, diciembre de 1998.

MOORE J., *Hard choices: moral dilemmas in humanitarian intervention* - Rowman & Littlefield Pub. - Edición española en preparación.

MOREILLON Jacques. *"El Comité internacional de la Cruz Roja y la protección de los detenidos políticos"*, CICR, Separata de la RICR, marzo - octubre 1982.

PALWANKAR Umesh, *"Simposio sobre acción humanitaria y operaciones de mantenimiento de la paz (22-24.06.1994), Informe"*, CICR, 1994.

PFANNER Toni, *"Institución de un tribunal penal internacional permanente - expectativas del CICR con respecto a la Conferencia Diplomática de Roma"*, Revista Internacional de la Cruz Roja nro. 145, CICR, Ginebra 1998.

PICTET Jean, *"Desarrollos y principios del derecho internacional humanitario"*, IHD Ginebra, 198/6.

ROBERGE Marie-Claude, *"El nuevo Tribunal Penal Internacional: Evaluación preliminar"*, RICR Ginebra N° 148, Diciembre de 1998.

SANDOZ Yves, *"El CICR: guardián del derecho Internacional Humanitario"*, Conferencia, CICR, Ginebra 1998.

SANDOZ Yves, *"El medio siglo de los Convenios de Ginebra"*, 1 junio 1999, Revista Internacional de la Cruz Roja No 834, pp. 241-263.

SASSOLI Marco y BOUVIER Antoine, *"How does law protect in war?"* (Cases, documents and teaching material on contemporary practice in IHL), 1492 pp., CICR, 1999.

SWINARSKI Christophe, *"Introducción al derecho internacional humanitario"*, CICR, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, 72 pp.

SWINARSKI Christophe, *"Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana"*, IIDH San José / Costa Rica, 1990.

TAUXE Jean Daniel, *"Lograr que el CICR tenga una mejor aceptación en el terreno"*, RICR N° 833, marzo de 1999.

VERRI Pietro, *"Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados"*, CICR - TM Editores, 1998, 133 pp.

VEUTHEY Michel, *"Guérilla et droit humanitaire"*, CICR, 1983.

## LA APLICACION DEL ARTICULO TRES COMUN A LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 EN LAS SITUACIONES DE TENSION INTERNA

por HORTENSIA D.T. GUTIERREZ POSSE (\*)

### *INTRODUCCION*

El derecho positivo regula hechos y situaciones de la vida cotidiana, tutelando jurídicamente bienes que interesan a dos o más sujetos o a una comunidad determinada. Para ello, las partes establecen, o tienen conocimiento, de que ante el incumplimiento de la pauta de conducta que acuerden se generará una precisa consecuencia. En tal supuesto dicha pauta de conducta —esto es, la norma— tiene una naturaleza jurídica desde que se originan con ella concretos derechos y obligaciones. En ocasiones el comportamiento en el que se ha acordado puede coincidir en su contenido con una regla que también propongan otros ordenamientos —religiosos, morales o de ética—; sin embargo, la seguridad que otorga el saber que ante la omisión del deber ser pactado en relación al sujeto frente al cual se ha asumido la obligación —y, por ende, goza del derecho— acarreará la consecuencia pre-establecida —esto es, generará la responsabilidad del incumplidor— es la característica que denota al precepto en cuestión como perteneciente al ordenamiento jurídico positivo. Ahora bien, en ocasiones los derechos y obligaciones que emergen de las reglas de derecho sólo interesan a quienes las acordaron y, por ende, sólo las partes en esa relación se encuentran legitimadas para reclamar en caso de que el deber ser previsto no se cumpla; ellas, tienen —asimismo— la facultad de derogarlas o modificarlas según lo entiendan oportuno. En otras, en cambio, esos derechos y obligaciones son reconocidos y aceptados por el conjunto de una comunidad al amparar valores que ésta considera esenciales. En tal supuesto, por su trascendencia para la vida de la comunidad, las normas que tutelan dichos valores no podrán ser derogadas y sólo podrán ser modificadas por otra norma del mismo carácter. Las violaciones al deber ser establecido en ellas pueden dar lugar al reclamo no sólo por quien se sienta directamente agraviado sino también por la comunidad a través de los mecanismos que ésta haya previsto. En el primer caso, las reglas de derecho son dispositi-

---

(\*) Profesor de Derecho internacional Público Facultad de Derecho, U.B.A.

vas; en tanto que en el segundo, tienen la naturaleza de imperativas. El hecho de que un mismo sistema jurídico esté integrado tanto por normas dispositivas como por normas imperativas es inherente a todo orden normativo que ha evolucionado de una forma primitiva, descentralizada, motivada exclusivamente por el interés individual de partes que deciden relacionarse, hacia una forma de derecho desarrollado en el que existe una jerarquía al prevalecer las reglas imperativas sobre las de naturaleza dispositiva.

El moderno derecho internacional participa de esta característica y en consecuencia las reglas que integran este sistema son tanto dispositivas como imperativas. En este sentido cabe tener en cuenta que la percepción por una comunidad de que determinados valores son esenciales es eminentemente evolutiva por lo que nada impide que reglas inicialmente adoptadas como dispositivas adquieran luego el carácter de imperativas. Por cierto, esta percepción de un orden público internacional recién se gesta luego de los horrores de dos conflictos armados que, lamentablemente, alcanzaron dimensión mundial. Ante la realidad del empleo del arma nuclear en un conflicto internacional, el interés que la comunidad de Estados en su conjunto reconoció y aceptó como inexcusable de ser tutelado por una regla de derecho que no admitiese acuerdo en contrario fue el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a través de un mecanismo de centralización del uso de la fuerza en un tercero a quien se le atribuye la capacidad de actuar cuando determine la existencia de una amenaza, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. Los años transcurridos desde 1945, lamentablemente, demostraron que no sólo la amenaza nuclear podría hacer peligrar ese valor tanpreciado que es la paz, sino que también otros hechos y situaciones —al vulnerar los cimientos mismos de una comunidad internacional solidaria que reconoce y acepta como su fundamento el respeto al ser humano— afectan bienes que también merecen una particular protección jurídica. Y esta protección sólo puede ser efectiva si las reglas que la brindan son imperativas. Al respecto cabe tener presente que la evolución en la interpretación del sentido, alcance y naturaleza de una norma jurídica no es exclusiva del derecho internacional sino que es inherente a todo derecho positivo sea cual fuese su ámbito material.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico internacional goza de una característica que le es propia. En efecto, en este sistema un mismo precepto normativo puede reconocer —simultáneamente— dos fuentes formales, aplicables en el mismo tiempo y al mismo sujeto. Esto es, que una regla de derecho en ocasiones es tanto convencional como consuetudinaria. La interacción entre estas dos fuentes de derechos y obligaciones puede producirse tanto a través de la codificación de normas consuetudinarias como a través de prácticas generalmente aceptadas como derecho —costumbres internacionales que coinciden con una regla previamente acordada en un tratado internacional. Es, pre-

cisamente, tomando en cuenta esta característica de la dualidad de fuentes y la evolución de la naturaleza de las normas jurídicas —que si bien originariamente pueden ser dispositivas y luego asumir el carácter de imperativa— que se intenta abordar el tema que aquí se propone. En efecto, si bien las situaciones de tensiones internas están expresamente excluidas del ámbito material de aplicación del derecho internacional convencional contenido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 referido a los conflictos armados no internacionales, cabría interpretar que al presente —por el hecho de la evolución de la percepción de los intereses que la comunidad internacional intenta preservar— estas situaciones, bajo ciertos supuestos, no escapan a una regulación por el derecho internacional humanitario a través de lo dispuesto en el artículo 3 común a los Convenios. Para ello, en una primera parte de este trabajo se examinará el contenido y alcance del artículo 3 común para, en una segunda parte, considerar las situaciones de tensiones internas en función de la evolución de la interpretación de la noción de conflicto armado regulado no ya exclusivamente por el ordenamiento interno de los Estados, sino por el derecho internacional. La interpretación que se propone se basa en la percepción de que frente a hechos que ignoran un mínimo de trato humanitario la distinción entre conflictos armados internacionales, conflictos armados internos internacionalizados y conflictos armados no internacionales tiende a desdibujarse y que aún en el contexto de estos últimos hay una zona gris —las situaciones de tensión interna— en relación a la cual el ordenamiento jurídico internacional consuetudinario cobra particular relevancia.

### *1. EL ARTICULO 3 COMUN A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949*

Las situaciones de tensión suelen ser la forma que asumen los conflictos armados en el interior de un Estado —al menos en alguna etapa de la evolución de los enfrentamientos—; y ello, no sólo en el mundo contemporáneo sino también a lo largo de la historia de la humanidad. Sin embargo, una regulación convencional de este tipo de situaciones en el ámbito del derecho internacional presenta dificultades ya que los Estados —celosos de su soberanía— suelen sostener que se trata de una materia reservada exclusivamente a su jurisdicción interna y que por ende sólo a ellos les cabe tipificar conductas punibles y —en su caso— reprimir por los medios que entiendan pertinentes a quienes consideren responsables. Ahora bien, aun frente a este tipo de posiciones —basadas en una noción de soberanía absoluta y en una consecuencia lógica de tal razonamiento cual es la de que el derecho internacional sólo sería el reflejo del acuerdo entre Estados soberanos, bastando la concordancia de esas mismas voluntades para modificarlo o derogarlo o bien la violación del acuerdo por una de las Partes para que las otras se liberen en derecho de cumplir las obligaciones pactadas— cabe recordar que los métodos y medios de combate

desde siempre han reconocido un límite en la necesidad de conciliar las exigencias de la lucha armada con un trato humanitario a quienes son sus víctimas. Y ello, sea que los enfrentamientos se desarrollen en el escenario internacional, sea que se produzcan en el interior del territorio de un Estado.

En efecto, ya en el llamado Código de Lieber —esto es, en las instrucciones para las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América en el terreno, preparadas por Francis Lieber y promulgadas como Orden General N° 100 por el Presidente Lincoln el 24 de abril de 1863— Lieber había compilado y ordenado en un cuerpo orgánico el derecho consuetudinario aplicable en la guerra terrestre entre Estados soberanos que conocía en razón de haber nacido y vivido en Europa antes de emigrar a los Estados Unidos. Sin embargo, estas instrucciones —basadas en una experiencia internacional y europea— se habían redactado y se adoptaron como derecho interno de un Estado para ser aplicadas en el contexto de una guerra civil. En lo que hace al ámbito internacional, la Convención IV de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre incluía en el Preámbulo la llamada cláusula Martens, según la cual en todo lo no previsto por sus disposiciones igualmente “las poblaciones y los beligerantes se encuentran amparados y han de regirse por los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Estas dos regulaciones positivas —una interna, la otra internacional— indican que en el derecho internacional de los conflictos armados —tal como ocurre en todas las demás ramas del derecho internacional— su ámbito de validez espacial puede ser, no sólo el escenario internacional, sino también el territorio de los Estados.

Por cierto, la norma jurídica positiva sea convencional como consuetudinaria no es suficiente para tutelar efectivamente el bien que se desea preservar si a ella no la acompaña la voluntad política de respetarla y aplicarla. Los conflictos armados que asolan al mundo en el interior de los Estados, particularmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, son prueba evidente de esta triste realidad, pero las consecuencias en derecho de al menos algunos de ellos para quienes participando en los enfrentamientos no han respetado los límites impuestos por el ordenamiento positivo son también prueba no sólo de la dualidad de fuentes a la que se ha hecho referencia —convencional y consuetudinaria— y de sus ámbitos de aplicación —internacional pero también interno— sino a más de los cambios operados en la estructura misma del sistema jurídico. En efecto, si bien hasta la entrada en vigor de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas el derecho internacional era exclusivamente un derecho de coordinación entre Estados soberanos y sus normas tenían una naturaleza dispositiva, siendo el individuo sólo sujeto de los derechos internos y ello en las condiciones que soberanamente el Estado establecía, lo cierto es que a

partir de 1945 los seres humanos han visto reconocida su subjetividad por el ordenamiento internacional. En los años que precedieron a la guerra no resultaba difícil argumentar en derecho distinguiendo entre un conflicto armado internacional y un conflicto armado no internacional, afirmando que en este último supuesto su regulación concernía exclusivamente a la jurisdicción doméstica, salvo los casos —por cierto poco comunes— de reconocimiento de beligerancia. Con la vigencia de la Carta, esos mismos Estados soberanos concordaron en un cambio sustancial en el sistema jurídico internacional, dando paso a un desarrollo de sus normas no sólo en cuanto al ámbito material regulado por este ordenamiento sino también en cuanto a la naturaleza de las reglas que lo integran. Este cambio se percibe con claridad a poco que se considere el ya mencionado reconocimiento de la subjetividad internacional de la persona humana y el hecho de que las normas que teniendo en cuenta su dignidad amparan su vida, su integridad física y psíquica, tengan el carácter de imperativas, debiendo ser respetadas por todos, en todo tiempo y en todo lugar sin que en derecho sea válido concluir acuerdos que las modifiquen o las deroguen o que su violación pueda dar lugar a la terminación de un tratado que las contemple (1).

Reflejo de este cambio fue la aceptación por los Estados en 1949 de la inclusión en los Convenios de Ginebra de un artículo 3, común a todos ellos, según el cual concordaron en un mínimo jurídico aplicable en el caso de un conflicto armado que no fuese de indole internacional que surgiese en el territorio de una de las Altas Partes contratantes. El contenido de esta norma, si bien fue ulteriormente desarrollado en el Protocolo II adoptado en 1977 no ha perdido vigencia desde que este tratado es adicional a los Convenios sin que su entrada en vigor los haya derogado ni haya modificado las condiciones de aplicación de sus normas. Por otra parte, cabe tener en cuenta que al presente su contenido integra también el derecho internacional consuetudinario, siendo ejemplo de la dualidad de fuentes.

Los Convenios de Ginebra de 1949 contienen una serie de artículos comunes, al inicio de cada cuerpo normativo, en los que se consagran disposiciones básicas e ineludibles cualquiera sea el aspecto particular de los conflictos armados que reglamente cada Convenio (2).

---

(1) Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, art. 60, inc. 5.

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

Astí, el artículo 3 común a todos ellos consagra una serie de obligaciones que las partes involucradas en los enfrentamientos han de cumplir (3). Su ámbito de validez material es amplio; y ello, a pesar de que una definición que podría parecer vaga —conflicto armado que no sea de índole internacional— pueda dar lugar a interpretaciones restringidas. En efecto, su aplicación no depende de la libre apreciación de las partes en el conflicto sino del hecho objetivo de la existencia de hostilidades abiertas, sea entre fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas disidentes o entre grupos armados dentro del territorio de un Estado. Por cierto, la aplicación de sus normas no modifica el estatuto jurídico de los contendientes, no impone al Estado involucrado un reconocimiento que quizá no desea, aun cuando todos ellos tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones de carácter exclusivamente humanitario. De este modo, quienes se enfrentan —sean quienes fuesen— han de respetar como mínimo absoluto ciertas reglas básicas que tienen por objeto garantizar a todas las personas que no participen o han dejado de participar en las hostilidades un trato humanitario en cualquier tiempo o lugar, protegiendo su vida y su integridad física y mental sin discriminación. Por ende, según el artículo 3 común quedan prohibidos los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; la toma de rehenes; y los atentados a la dignidad personal especialmente los tratos humillantes y degradantes. Por cierto, quedan también prohibidas las condenas dictadas

---

(3) Convenios de Ginebra de 1949, art. 3 común "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas, a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal, legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, amparándose por esta vía a las personas de una justicia sumaria. El artículo 3 común, a más, reconoce a un organismo imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, la posibilidad de ofrecer sus servicios a los contendientes sin que ello pudiese interpretarse como un acto hostil o una injerencia en los asuntos internos del Estado desde que éste ha de expresar su consentimiento para que la asistencia ofrecida sea brindada.

Si bien es cierto que en 1977 se adoptó el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, referido también a las situaciones de conflicto armado no internacional, no siempre es posible aplicar sus normas en una situación determinada. En efecto, el artículo 1 del Protocolo II (4) establece los requisitos que han de reunir este tipo de conflictos para que operen sus disposiciones y, a más, expresamente veda su aplicación a situaciones de tensión interna así como a disturbios interiores. Por ende, cabe interpretar que si bien es cierto que en ocasiones la regulación contenida en el Protocolo II puede concurrir y desarrollar, completando, el contenido del artículo 3, también es cierto que su ámbito material contiene una serie de precisiones que en oportunidades impiden tipificar a una determinada situación como comprendida en su normativa. Así, el Protocolo II requiere que simultáneamente se presenten ciertas características. Esto es, que no basta que el conflicto se desarrolle en el territorio de un Estado. Es necesario, a más, que en él participen sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados, que éstos estén organizados actuando bajo un mando responsable, que controlen una porción de territorio en modo tal que les permita realizar operaciones militares que sean sostenidas y concertadas, y que estos grupos armados tengan la capacidad de aplicar las reglas del Protocolo; todo lo cual supone un alto nivel de intensidad de las hostilidades. En suma, podría decirse que el Protocolo II resulta aplicable a un tipo clásico de guerra, la guerra civil, excluyendo las situaciones de tensión interior. En esta caracterización

---

(4) Protocolo W art. 1. "1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el art. 1 del 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 1) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. 2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados".

efectuado en el artículo 1 podría encontrarse la razón de la aclaración que la misma norma efectúa en el sentido de que su vigencia no modifica en nada las condiciones de aplicación del artículo 3 común.

En ese sentido cabe tener presente que los Estados en cuyo territorio operan grupos armados suelen negar la existencia de un conflicto que reúna las características requeridas para la aplicación del Protocolo II, no obstante lo cual —objetivamente a raíz de la existencia de enfrentamientos armados no esporádicos, entre grupos con un mínimo grado de organización, podría entenderse pertinente la aplicación de las normas consagradas en el artículo 3 común ya que su ámbito material es —sin otra caracterización— los conflictos armados no internacionales. Así, el artículo 3 común no exige para su aplicación un reconocimiento de beligerancia sino la presencia de un conflicto armado, sin determinar su grado y virulencia, y tampoco requiere que el conflicto oponga necesariamente al Gobierno y a fuerzas rebeldes ni que éstas controlen una porción del territorio. Desde este enfoque interpretativo no cabría considerar a la cláusula Martens —incluida como ya se señalara en el Preámbulo de la Convención IV de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre— como una mera referencia histórica, sino que se le daría un contenido positivo a “los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública” que en ella se pregonan (5).

Por una parte, es dable interpretar que en el momento de su adopción en 1949 el artículo 3 común abrió una brecha en el muro de la soberanía al establecer el principio de la aplicación *ipso jure* —en tanto que obligación jurídica e independiente de la voluntad del Estado— de un mínimo de reglamentación jurídica humanitaria cada vez que un conflicto armado se produce en el territorio de un Estado (6). Por otra, cabe tener presente que a lo largo de los años transcurridos desde la vigencia de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas no sólo se ha afianzado y desarrollado el reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo en el marco del derecho Internacional de los derechos humanos, sino que —a más— las normas fundamentales de este ordenamiento concuerdan con el contenido del artículo 3 común en tanto reflejan un inexcusable respeto de la dignidad de la persona humana, habiendo adquirido el carácter de normas de *jus*

---

(5) La cláusula Martens se recoge en los Protocolos I y II de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 en los que se recuerda que en los casos no previstos la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

(6) Abi-Saab, Georges, “Conflits armés non internationaux”, en *Les dimensions du droit humanitaire*, Pedone-Institut Henry Dunant-UNESCO, 1986, p. 256.

*cogens* por el hecho de haber sido reconocidas y aceptadas sus disposiciones como imperativas por la comunidad de Estados en su conjunto; esto es, de regulaciones que no admiten acuerdo en contrarlo y que no pueden darse por terminadas por el hecho de su violación (7). Por último ha de señalarse que al presente, en virtud de la aceptación universal de los Convenios de Ginebra de 1949, su contenido refleja una norma de naturaleza consuetudinaria (8). Así, las críticas que en su momento pudieron formularse en cuanto a una falta de precisión de sus disposiciones sobre el tipo de enfrentamientos que podrían dar lugar a su aplicación o el alcance de la protección a brindar, y que condujeron en definitiva a la adopción en 1977 del Protocolo II adicional a los Convenios de 1949, al presente podrían quedar superadas si se interpreta que la distinción entre conflictos armados internacionales, conflictos armados internos internacionalizados y conflictos armados no internacionales —tal como están caracterizados estos últimos en el artículo 1. del Protocolo II— en alguna medida ha quedado superada por los hechos y que el derecho —al menos en este supuesto— ha acompañado los acontecimientos, tornando aplicable a las situaciones de tensión interior en las que los enfrentamientos han dejado de ser esporádicos y los grupos tienen un mínimo grado de organización, la regulación contenida en el artículo 3 común (9). Sobre la base de la interpretación que se propone, la violación de sus disposiciones —en tanto que violación del derecho vigente— daría lugar indudablemente a la responsabilidad personal de quienes incurran en tales conductas.

## II. LAS SITUACIONES DE TENSION INTERNA

Las situaciones de tensión interna han de distinguirse tanto de las guerras civiles —a las que les es aplicable la regulación del Protocolo II (10)— como de las crisis esporádicas y aisladas de violencia, tales como motines, disturbios, revueltas y otros actos análogos que pueden producirse en el interior de un Estado, correspondiendo su regulación a su jurisdicción doméstica y subsidiariamente al derecho internacional de los derechos humanos. Es posible caracterizar a este

---

(7) Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, art. 53.

(8) Los Estados Parte a los Convenios, a octubre de 1999, son 188, véase T. Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law", A.J.I.L., vol. 81 (1987), pp. 348 y sigs.

(9) Georges Abi-Saab, en la publicación citada en la nota 6, p.277, ya en 1986 sugería que la tendencia a considerar este tipo de situaciones como reguladas por el artículo 3 común podría consolidarse en el futuro.

(10) A título de ejemplo pueden mencionarse los hechos en Afganistán, Sudán, o Chechenia, en la Federación Rusa.

El tipo de enfrentamientos que ocurre frecuentemente en los enfrentamientos armados asimétricos es el de tipo asintótico, estableciendo un sentimiento de tensión constante en la población civil, y generando, las más de las veces, una situación de violación de los derechos y libertades esenciales de la población civil (11). En estos casos, suele no existir una autoridad pública de gobierno en ejercicio o de lograr la soberanía, como ocurre en las guerras civiles (12), ni tampoco necesariamente se enfrentan las fuerzas armadas gubernamentales a fuerzas insurgentes o grupos armados. Por otra parte, quienes combaten operan más con tácticas propias de la guerrilla que de ejércitos regulares. Estas tácticas se caracterizan por una forma de combate dispersa y activa, llevando a cabo ataques que tienen por objeto desgastar a quienes se consideran enemigos, contando aprovisionamientos, provocando disturbios y huyendo en pequeños grupos (13). Los grupos armados, al intentar inicialmente descartar el enfrentamiento abierto. Muchas veces en forma de operar es factible por el terreno en el que se mueven, generando tensión entre los que toman parte en la lucha armada y la población civil, la cual es particularmente vulnerable al introducirse la violencia en lugares que son su ámbito natural. Con estos grupos armados se está en presencia de protagonistas que —a diferencia de un soldado profesional— intentan imponer sus motivaciones, sus razones personales, oponiendo lo improvisado al rigor formal de un sometimiento a normas y costumbres aceptadas como reglas de la lucha armada. Es, así, un modo de combatir con raigambre en motivaciones ideológicas que pueden llevar a perjudicar los recursos —no sólo económicos y sociales— sino también morales del Estado en cuyo territorio se desarrollan los enfrentamientos. En ocasiones las situaciones de tensión interna conducen a un debilitamiento casi absoluto de sus instituciones, limitando al máximo su posibilidad de respuesta válida, respetando, haciendo respetar y aplicando el orden jurídico (14).

---

(11) Como ejemplos de estas situaciones pueden mencionarse los casos de Angola, Burundi, Liberia, Ruanda, en general la región de los Grandes Lagos en África, Senegal o Somalia; al menos, en alguna etapa de la evolución de los conflictos que allí se desarrollan.

(12) Jiménez Piernas, Carlos, "La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna", Anuario Hispano-Luso Americano de *Derecho Internacional*, vol. 14 (1999), pp. 33-75.

(13) Murillo Rubiera, Fernando, "Derecho Humanitario y Guerrilla", *Primer Seminario sobre Derecho Internacional Humanitario*, Instituto de Derecho Internacional Público-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, mayo 1981, p. 40.

(14) Los grupos armados que así operan suelen asociarse al narcotráfico o a bandas que se dediquen a la toma de rehenes o al asalto —inclusive de convoyes de ayuda humanitaria— como un modo de financiar sus operaciones.

En tal contexto parecería difícil sostener que los enfrentamientos carecen de marco normativo internacional, denegando la pertinencia de la aplicación del derecho humanitario; al menos, del mínimo consagrado en el contenido del artículo 3 común a los Convenios. Cabe recordar que en razón del principio de neutralidad que subyace en este ordenamiento, sus reglas son extrañas a las causas que invocan las partes involucradas para justificar su accionar. No se trata en su ámbito de analizar el *jus ad bellum* que cada una de ellas pueda alegar, sino de establecer condiciones en el ejercicio de un *jus in bellum* que limite métodos y medios de combate y permita proteger a quienes son las víctimas. Lo que se persigue es acotar los daños e intentar que no se llegue a un enfrentamiento implacable con la adopción de medidas o la comisión de actos inaceptables; y ello, por la vía de la aplicación del derecho y de su consecuencia ante el no respeto: la responsabilidad, en este caso personal, de quienes violen sus normas (15).

En ese sentido, si bien se suele invocar que el derecho internacional humanitario sólo genera derechos y obligaciones para los Estados o que sus normas convencionales son insuficientes en tanto que pautas de conducta vinculantes para los miembros de grupos armados, cabe señalar que, aun cuando la aplicación de las normas positivas dependa inicialmente de la voluntad de las partes involucradas, a partir del término de la Guerra Fría la comunidad internacional ha dado muestras de una particular sensibilidad ante violaciones graves del derecho internacional humanitario en conflictos que se desarrollan en el territorio de un Estado; y ello, no sólo cuando se trate de conflictos armados tal como los caracteriza el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, sino también ante situaciones de tensión interna; esto es, ante lo que podría considerarse como un conflicto armado de baja intensidad en el que los enfrentamientos dejan de ser esporádicos, dando lugar a privaciones arbitrarias de la vida, a matanzas en razón de la pertenencia a grupos étnicos y al recurso a tratos degradantes de la dignidad personal.

En efecto, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, actuando en virtud de los poderes conferidos en la Carta (16),

---

(15) En la decisión del 10-VIII-1995 sobre excepciones preliminares referidas a la competencia *rationae materiae*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló que el hecho de que los actos prohibidos por el artículo 3 común constituyan violaciones del derecho internacional se ve reforzado por la evidencia de que tales actos son criminales por su naturaleza por lo que —con tal carácter— generan una responsabilidad penal individual.

(16) Carta O.N.U., arts. 24, 25, 29, 39, 41, 42 y concordantes: véase. Boisson de Chazournes. Laurence, "Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de Sécurité, en tant que source de droit international humanitaire", en *Les Nations Unies et le droit international*

—si bien en forma selectiva (17)— ha determinado la existencia de una amenaza a la paz frente a violaciones de las normas fundamentales de este ordenamiento jurídico y ha efectuado reiterados llamamientos a las partes involucradas para recordar la obligación de respetarlas y hacerlas respetar, invocándolas tanto como derecho convencional que como derecho consuetudinario. A título de ejemplo baste recordar, entre otras, la Resolución 764 (1992) por la que en relación al conflicto en la ex-Yugoslavia el Consejo de Seguridad reafirmó que todas las partes están obligadas a cumplir con las obligaciones que impone el derecho Internacional Humanitario, especialmente los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, añadiendo que las personas que cometan u ordenen cometer violaciones graves a los Convenios son individualmente responsables por tales violaciones. En la Resolución 771 (1992), en relación al mismo conflicto, condenó enfáticamente toda violación de este ordenamiento exigiendo a todas las Partes en la antigua Yugoslavia, y a todas las fuerzas militares en Bosnia-Herzegovina, que cesasen inmediatamente y se abstuviesen de toda violación del derecho Internacional humanitario, pidiendo que se reuniese información corroborada en relación con las violaciones que se estaban perpetrando y se la pudiese a su disposición. Al respecto cabe señalar que estas resoluciones —referidas a la ex-Yugoslavia— comportan una clara aplicación del derecho consuetudinario desde que ellas se adoptaron con antelación a que Bosnia-Herzegovina depositase su declaración de sucesión a los Convenios, lo que recién ocurrió el 31-XII-1992. Por otra parte, la misma terminología empleada en la redacción corrobora tal interpretación ya que se condena la violación del derecho internacional humanitario, *especialmente* el contenido en los Convenios; esto es, que en especial los Convenios son fuente de este ordenamiento sin por ello descartar otras, tanto convencionales como consuetudinarias. En cuanto a la situación en Burundi, la Resolución 1012 (1995) instó a ese país a resolver el problema de la impunidad frente a violaciones del derecho internacional humanitario. En lo que hace a Sierra Leona, las Resoluciones 1181 (1998) y 1231 (1999) demandaron a todas las facciones y fuerzas en el territorio de este país el estricto respeto de las normas aplicables del derecho internacional humanitario, condenando las atrocidades cometidas y deplorando las violaciones. La Resolución 1234 (1999) sobre la República Democrática del Congo expresó la preocupación del Consejo de Seguridad por las violaciones al derecho internacional humanitario por todas las partes y al consi-

---

*humanitaire*, Paris, Pedone, 1996, pp. 151 y sigs.; van Boven. T. "Reliance on Norms of Humanitarian Law by the United Nations Organs", en *Humanitarian Law of Armed Conflict, Challenges Ahead*, A.J.M. Delissen & G.J. Tanja (ed.), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 495 y sigs.

(17) Véase la crítica a este tipo de accionar en Condorelli, Luigi, "Le droit humanitaire dans la crise et la guerre du Golfe" en *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, CEDIN. Paris, Montchrestien, 1991.

derarse que el conflicto constituía una amenaza a la paz, la seguridad y la estabilidad en la región, se hizo un llamamiento al desarme de todos los grupos armados no gubernamentales y se condenó las masacres llevadas a cabo y la continua actividad en apoyo de todos ellos. La referencia al derecho internacional humanitario precisa que, *en particular*, se trata del contenido en los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales de 1977 y la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio. Al reiterarse la expresión en particular, se reafirma la dualidad de fuentes del ordenamiento, indicándose claramente que el llamamiento involucra a todos los que participen en los enfrentamientos; aun si se trata de grupos armados no gubernamentales. Por último, y a mayor abundamiento, cabe evocar la Resolución 1265 (1999) en la que el Consejo de Seguridad recientemente y como cuestión de principio manifestó su preocupación por los ataques que sufren los civiles sea cual sea el contexto en el que se desarrollen los enfrentamientos, provengan tanto de combatientes como de otros elementos armados y transcurran —o no— en el interior del territorio de un Estado.

Coherente con la posición adoptada en el sentido de que el derecho internacional humanitario es un ordenamiento positivo de fuente tanto convencional como consuetudinaria, aplicable en todo conflicto armado, y que —por ende— las violaciones graves de sus normas generan la responsabilidad personal de quienes las cometen, el Consejo de Seguridad ha instituido tribunales internacionales ad hoc para juzgar a los responsables (18), de lo que cabe concluir que el principio de la jurisdicción penal universal resulta pertinente tanto en los casos de conflictos armados internacionales como en los de enfrentamientos no esporádicos que transcurren en el interior de un Estado, participen en ellos —o no— fuerzas armadas del Estado (19). El fundamento jurídico

---

(18) Consejo de Seguridad, Resolución 808 (1993), estableciendo "un tribunal internacional para juzgar a las personas responsables de serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991"; la Resolución 827 (1993), adoptada bajo el capítulo VII de la Carta aprueba el Estatuto del tribunal y —haciendo suya la opinión que había expresado el Secretario General en su informe al Consejo de que las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Ginebra de 1949 reflejan el derecho consuetudinario— decide establecerlo "para el sólo propósito de enjuiciar a las personas responsables de serias violaciones del derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1º de enero de 1991 y una fecha a ser determinada por el Consejo de Seguridad", teniendo todos los Estados la obligación de cumplir con los pedidos de asistencia y las órdenes emitidas por el Tribunal; la Resolución 955 (1994) creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, estableciendo su competencia para conocer tanto en las violaciones al Protocolo II como en las referidas al artículo 3 común.

(19) Véase Meron, T., "International Criminalization of Internal Atrocities", A.J.I.L. (1995), N° 3 pp. 559 y sigs.

de estas conductas y la facultad de conocer en derecho atribuida a los tribunales internacionales se encuentra en el carácter imperativo de las obligaciones fundamentales instituidas por el derecho internacional humanitario. En ese sentido cabe recordar que tanto el Consejo de Seguridad como el principal órgano judicial de la Organización de Naciones Unidas —la Corte Internacional de Justicia— no tienen la capacidad de crear normas jurídicas generales sino que las decisiones de uno y los fallos y opiniones de la otra en el marco de sus respectivas competencias han de basarse en el derecho vigente —convencional o consuetudinario—, interpretando su naturaleza, sentido y alcance (20). Así, al igual que el Consejo de Seguridad al término de la Guerra Fría tempranamente en el ejercicio de sus competencias, la Corte Internacional de Justicia ya había verificado tanto en decisiones como en opiniones consultivas que consideraciones elementales de humanidad tienen el carácter de principios generales bien reconocidos de los que las Convenciones de Ginebra de 1949 no son más que su expresión concreta (21). A igual conclusión ha llegado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, suprimiendo el límite entre conflicto interno y conflicto internacional para lo cual se apoya en el derecho consuetudinario y en su evolución.

---

(20) El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPI) en la sentencia dictada en el caso Dusko Tadic el 7-VII-1997, parág. 4, al señalar el alcance de su competencia, precisó que está facultado para conocer en violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones a las leyes y usos de la guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad cuando se cometen en el contexto de un conflicto armado, lo que a su juicio no ofrece dudas en el sentido de que ello comprende tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario.

(21) C.I.J., caso del Canal de Corfú, Reino Unido-Albania, Rec. 1946 en el que el tribunal fundamentó la obligación de Albania de notificar la existencia de un campo minado en su mar territorial en "ciertos principios generales y bien reconocidos, tales como consideraciones elementales de humanidad; caso de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Nicaragua-Estados Unidos, Rec. 1988, en el que el tribunal aplicó los principios fundamentales del derecho humanitario", recordando no sólo las convenciones sino también la cláusula Martens, para entender que al colocar minas submarinas de contacto en aguas de Nicaragua y el no dar a conocer su existencia y ubicación, Estados Unidos actuó con violación de sus obligaciones emergentes del derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, el tribunal entendió en este caso que al producir un Manual titulado Operaciones Psicológicas de Guerra de Guerrillas y repartirlo a las fuerzas contras, Estados Unidos fomentó la realización por estas fuerzas de actos contrarios a los principios generales del derecho internacional humanitario reflejados en los tratados; asegurando el valor consuetudinario general y la obligada aplicación de las normas humanitarias mínimas incluidas en el artículo 3 común a los Convenios de 1949 tanto en los conflictos armados de carácter no internacional como también en los conflictos armados de carácter internacional en el caso de la demanda de Bosnia Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia y Montenegro) por la *violación de la Convención de Genocidio*, la Corte decidió que este crimen repugna a la conciencia

En efecto, en el caso *Dusko Tadic* (22), el Tribunal debió entender en la acusación formulada por la fiscalía contra Dusko Tadic por graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones a las leyes y usos de la guerra y crímenes contra la humanidad, cometidos en junio de 1992 en la República de Bosnia-Herzegovina, en razón de su participación con fuerzas serbias en el ataque, destrucción de áreas residenciales de musulmanes y croatas, apresamiento de musulmanes y croatas en campos de detención, deportación y expulsión por la fuerza o la amenaza de la fuerza de residentes musulmanes y croatas de la región de Prijedor, participación en matanzas, torturas, asaltos sexuales y otros abusos físicos y psicológicos contra musulmanes y croatas dentro y fuera de los campos de detención, y otros tratos crueles. En la sentencia, luego de examinarse a la luz de la prueba aportada la evolución de los acontecimientos en la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia a partir de la declaración de independencia de las Repúblicas de Eslovenia y Croacia el 25-VI-1991 y la voluntad manifiesta de la Armada del Pueblo Yugoslavo (INA) (23) y de los partidos políticos dominados por Serbia de crear una extensión de esta República en zonas de Croacia y de Bosnia-Herzegovina a través de la práctica de la limpieza étnica de los musulmanes que vivían en ella (24), así como la conducta en tal contexto de Tadic, lo declaró culpable de la mayoría de los cargos que se habían formulado. Para ello señaló que los actos de su conocimiento, en virtud de la competencia que se le ha atribuido en el Estatuto, tienen que haberse cometido en el contexto de un conflicto armado. En ese sentido precisó que un conflicto armado existe siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados, o entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el interior de un Estado (25) y, a su

---

de la humanidad; en la opinión consultiva sobre *la Legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares* Rec. 1996, la Corte expresó en relación a la cláusula Martens que ésta ha demostrado ser un medio eficaz frente a la rápida evolución de la tecnología militar.

(22) TPI, competencia y fondo, sentencias del 2-X-1995 y del 7-VII-1997.

(23) El Tribunal tuvo por acreditado que ya desde 1991 el INA no era el ejército de un Estado con la misión de defenderlo, sino un Instrumento de los nacionalistas serbios con las características en 1992 de una fuerza ocupante en territorio hostil en las partes no serbias de Bosnia-Herzegovina, habiendo —a más— reclutado paramilitares serbios para que actuaran como infantería.

(24) El Tribunal entendió probado que en 1992 el plan para lograr tal objetivo consistía en a) crear condiciones imposibles de vida para impulsarlos a irse de la región; y ello, inclusive, a través del terror y la presión; b) deportación; y c) eliminación de los que quedasen.

(25) TPI, *ibid.*, parág. 561. apoyándose en la decisión firme de la Cámara de Apelaciones, parág. 70.

juicio, ese criterio es el que prevalece al interpretar el alcance del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 (26). Por ende, en la sentencia se afirma que un conflicto armado, a los fines de la aplicación de esta norma, tiene lugar entre todas las partes en un conflicto con suficiente intensidad y que, a más, los Convenios de Ginebra de 1949 son parte del derecho internacional consuetudinario (27). Conforme resuelve el Tribunal, el artículo 3 común es aplicable a los conflictos de carácter no internacional y asimismo es aplicable a los conflictos armados en general (28) ya que su contenido refleja consideraciones elementales de humanidad. En consecuencia, violarlo comporta la violación de una norma tendiente a proteger importantes valores y acarrea graves consecuencias para la víctima (29). La interpretación efectuada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia no ofrece dudas en cuanto al carácter convencional y consuetudinario del contenido del artículo 3 común —esto es, la dualidad de las fuentes—, la naturaleza imperativa de las obligaciones que impone y la pertinencia de su aplicación en cualquier tipo de conflicto armado; inclusive un conflicto interno —una situación de tensión interna— siempre que no configure bandidaje, insurrección desorganizada y de corta duración o actividades terroristas; hechos —todos ellos— que no se encuentran sujetos al derecho internacional. A mayor abundamiento cabe recordar que en la decisión que previamente se había adoptado sobre la competencia del Tribunal ya se había precisado que un conflicto armado existe siempre que hay recurso a la fuerza armada entre Estados, entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos en el interior de un Estado, aplicándose el derecho internacional humanitario desde el inicio de las hostilidades hasta que la paz se alcance o, en caso de conflictos internos, hasta que se logre una solución pacífica (30).

La pertinencia de la aplicación del contenido del artículo 3 común a situaciones de tensión interna que no alcanzan a configurar conflictos armados no internacionales tal como se encuentran tipificados en el Protocolo II, se ve corroborada por las disposiciones de un reciente

---

(26) TIP, *ibíd.*, parág. 562.

(27) TPI, *ibíd.*, parág. 577, citando la decisión de la Cámara de Apelaciones, parág. 79-85.

(28) TPI, *ibíd.*, parág. 609, con cita de la decisión de la Cámara de Apelaciones, parág. 89, 98, 102; y de CIJ. Nicaragua-Estados Unidos, parág. 218.

(29) TPI, *ibíd.*, parág. 612.

(30) Véase los comentarios en relación a esta decisión y el derecho internacional general en Cassese, Antonio, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the implementation of international humanitarian law" en *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1996, pp. 229 y sigs.

tratado que, si bien es cierto que aún no se encuentra en vigor, fue adoptado en la Conferencia Internacional celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en Roma, el 17 de julio de 1998. En efecto, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tipifica como crimen de guerra a las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra así como a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional. Aun cuando la norma aclara que no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como molines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar, precisa que su ámbito de validez material alcanza a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos (31). Esto es, que no se requiere como en el supuesto regulado por el Protocolo II que tales grupos actúen bajo un mando responsable ni que ejerzan sobre una parte del territorio del Estado un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; tampoco, que en los enfrentamientos participen necesariamente fuerzas armadas gubernamentales. Basta, entonces, para configurar un supuesto de aplicación de las normas contenidas en el artículo 3 común una situación de tensión interna en la que grupos armados con un cierto grado de organización, protagonicen enfrentamientos armados, prolongándose en el tiempo su accionar. Por otra parte cabe señalar que el Estatuto de Roma dispone que para conocer en un caso la Corte no sólo aplicará el derecho internacional convencional sino también —cuando proceda— los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; esto es, las normas de fuente consuetudinaria, lo que —en el caso que nos ocupa— parecería una clara referencia no sólo al artículo 3 común en tanto que norma convencional sino a su contenido como derecho internacional general.

Ahora bien, la posibilidad de entender aplicable el contenido del artículo 3 común a las situaciones de tensión interior mientras se desarrollan las hostilidades y la consecuente responsabilidad personal que genera el incumplimiento de las obligaciones allí establecidas, no necesariamente impediría que cuando ellas cesasen, en el marco del establecimiento de un proceso de paz, eventualmente el Estado en cuyo territorio se desarrollaron los enfrentamientos acuerde la amnistía a quienes se consideren responsables. En efecto, tal posibilidad está expresamente contemplada en el inciso 5 del artículo 6 del Protocolo II, referido —precisamente— a las diligencias penales (32). Si la amnistía

---

(31) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 8, parág. 2 c), d), e) y f).

(32) Protocolo II, arts. 6-5. "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las per-

es un gesto de pacificación contemplado para conflictos de alta intensidad, con mayor razón no parecería adecuado descartarla inicialmente y como cuestión de principio en casos de tensión interna. La extinción por esta vía del procesamiento de imputados o de las condenas ya dictadas serían gestos adoptados por el Estado, cuyo alcance no parecería ser susceptible de cuestionamientos de naturaleza jurídica en el ámbito internacional, puesto que ellos derivarían de su condición de entidad soberana y tenderían a producir efectos en su ámbito interno, con el objeto de que la pacificación lograda fuese perdurable.

#### *A MODO DE CONCLUSION*

La fuente material del derecho internacional humanitario es el sentimiento de humanidad y —por ende— la necesidad de proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en un conflicto armado, sea éste internacional o se desarrolle en el interior de un Estado. Sus normas positivas —convencionales o consuetudinarias— en cuanto amparan al individuo en su vida y su integridad física y psíquica tienen el carácter de imperativas; esto es, que han sido reconocidas y aceptadas como tales por la comunidad de Estados en su conjunto, no admitiendo acuerdo en contrario. Si bien es una realidad el hecho de las hostilidades y la necesidad de cada parte de derrotar al enemigo no por ello se tiene un derecho ilimitado para elegir los métodos y medios con que habrá de lograrse tal objetivo. Ya el derecho de La Haya había determinado que las partes involucradas en el conflicto no gozan de tal potestad y las Convenciones de Ginebra agregan que no han de causarse males innecesarios, imponiendo el deber de respetar a las víctimas. En situaciones de tensión interna en las que no resulta aplicable el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, el artículo 3 común a dichos tratados adquiere toda significación. Y, en tales supuestos, la acción humanitaria no implica intrusión alguna en el plano jurídico ni ninguna apreciación acerca de la legitimidad o ilegitimidad de las medidas que adopte quien esté en ejercicio del poder público, sino tan sólo el deber de respetar y proteger a toda víctima en una situación cualquiera que trunca vidas humanas, porque ellas han de ser socorridas y protegidas. El derecho Internacional humanitario acompañando la evolución del derecho internacional a partir de la vigencia de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, no se limita ya a regular relaciones entre Estados —y, por ende, en su ámbito, a regular el derecho de la guerra— sino que a éste se sustituye el derecho de los conflictos armados, sean éstos internacionales o surjan en el territorio de uno de ellos. El ejercicio de la soberanía al igual que el empleo de la fuerza por grupos armados, independientemente de las razones que se invoquen o del estatuto jurídico de las partes involu-

---

sonas que hayan tomado parte en el conflicto armado que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

cradas, reconoce límites en el ordenamiento jurídico positivo; sea éste de fuente convencional —tal el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949— o se entienda que esta norma no hace más que reflejar principios generales de naturaleza consuetudinaria. Los actos que veda son criminales por su naturaleza desde que protege importantes valores que consideraciones elementales de humanidad imponen respetar y hacer respetar en una comunidad internacional que se dice solidaria.

Por ende, si bien sería dable interpretar que al adoptarse esta norma en 1949 los Estados sólo consideraban su aplicación a los conflictos armados internos de alta intensidad —esto es, las guerras civiles—, preservando en su jurisdicción doméstica otras situaciones de violencia interna, y que igual espíritu imperó en 1977 al adoptarse el Protocolo adicional II, la evolución del derecho internacional ha modificado su ámbito de validez material. De este modo, el artículo 3 común —en tanto que reflejo del derecho consuetudinario— resulta aplicable a todo conflicto armado y, por ende, a situaciones de tensión interna en relación a las cuales no opera el Protocolo II, generando derechos y obligaciones para todas las partes involucradas en los enfrentamientos. Las razones o el modo en el que influyen los hechos políticos en la evolución de la interpretación del derecho, si bien tema particularmente relevante, excede el marco propuesto para este trabajo que no pretende inmiscuirse en la teoría general, sea del derecho, sea de las relaciones internacionales.

Por cierto que el contenido del artículo 3 común configura un mínimo legal y sería deseable que sus disposiciones se ampliasen en modo a otorgar una protección óptima a todas las víctimas y sancionar a todos los culpables, pero hasta tanto ello no ocurra no cabría denegar el amparo del derecho internacional en situaciones de tensión interna, independientemente del reconocimiento que pudiese efectuar el Estado interesado, del estatuto jurídico que se otorgue a los grupos armados, o de la legalidad o ilegalidad de las razones que invoquen para recurrir al empleo de la fuerza. Las consideraciones elementales de humanidad que imponen tal conclusión parecerían no merecer ser ignoradas, limitando la aplicación de las obligaciones contenidas en el art. 3 común sólo a aquellos casos de crisis internas tipificados en el art. 1 del Protocolo II.

"EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA  
Y LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS  
ARMADOS INTERNOS INTERNACIONALIZADOS"

por HERNAN SALINAS BURGOS (\*)

*I.- INTRODUCCION*

La dificultad de resolver las tensiones que surgen en un conflicto armado interno, entre el principio de humanidad en beneficio de las víctimas de este tipo de conflictos armados, y el derecho y deber de los Estados de reestablecer el orden público como prerrogativa soberana ajena a cualquier intervención externa, ha suscitado, que el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados internos presente un estado evolutivo inferior que el aplicable a los conflictos armados internacionales (1).

Hasta 1949, la reglamentación internacional de los conflictos armados internos, salvo en lo que se refiere a la institución del reconocimiento de beligerancia, se mantuvo al margen del Derecho Internacional Humanitario.

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 constituye el primer texto positivo que en el Derecho Internacional consagra un conjunto de garantías básicas que las partes contendientes en un conflicto armado interno deben respetar, como mínimo absoluto, en forma unilateral y no sujeta a reciprocidad, a fin de garantizar un trato humano a todas las personas que no participan en las hostilidades.

La característica principal del artículo 3 común, es que reconoce la existencia de las partes contendientes, sin modificar sus estatutos jurídicos respectivos.

---

(\*) Profesor Derecho Internacional Público, Universidad de Chile y Universidad de los Andes, Miembro Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, Protocolo Adicional I de 1977.

(1) Ver Hernán Salinas Burgos, "El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos armados internos. Nuevos desarrollos", Nuevos Estudios de Derecho Internacional Humanitario. María Teresa Infante y Rose Cave (compiladoras), Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y Comité Internacional de la Cruz Roja, Santiago de Chile, 1998, pp. 78-85.

En efecto, su aplicación a los conflictos armados internos no transforma su naturaleza jurídica ni fija la posición legal de las partes que se enfrentan, sino que su función es la de proteger los derechos fundamentales de las partes contendientes, una vez que por heridas, enfermedad o detención dejan de participar directamente en las hostilidades.

Por otra parte, el Protocolo Adicional II de 1977, sin alterar la característica expuesta, desarrolla y completa el artículo 3 común, siendo sólo aplicable a conflictos armados internos de alta intensidad. En efecto, este Tratado se aplica en las situaciones de conflicto armado que se desarrolla en el territorio de una Parte Contratante, entre sus Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas disidentes o Grupos Armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable ejerzan, sobre una parte de dicho territorio, un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo.

Asimismo, los Convenios de Ginebra de 1949 establecieron para los conflictos armados internacionales un marco represivo especial para sus violaciones graves: las infracciones graves o crímenes de guerra. Este régimen represivo se caracteriza por engendrar responsabilidad penal al individuo que comete u ordena cometer una de estas infracciones graves sujeta al mecanismo de la jurisdicción universal.

Por otra parte, si examinamos el derecho positivo, es comúnmente aceptado que las disposiciones convencionales aplicables a los conflictos armados no internacionales no contienen elemento incriminatorio alguno específico de las violaciones graves de las normas que dictan. De hecho, en el artículo 3 común nada se dice al respecto y en el Protocolo II no se prevé régimen alguno equiparable al de las infracciones graves consignadas en los Convenios de 1949 y completados en el Protocolo Adicional I de 1977.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, creado por las Resoluciones del Consejo de Seguridad 808 y 827 de 22 de febrero de 1993 y 25 de mayo de 1993, respectivamente, no ofrece indicación alguna a favor o en contra de la posible sanción penal de las violaciones graves cometidas en caso de conflicto armado interno. Sin embargo, las circunstancias de su aprobación por el Consejo de Seguridad, la misión que éste encomendó al Tribunal, la competencia *ratione temporis* definida en el artículo primero del Estatuto y la conciencia que tiene el Consejo de la naturaleza mixta del conflicto, sugieren "...que el Consejo de Seguridad entiende que, en la medida de lo posible, la competencia *ratione materiae* del Tribunal Internacional habría de extenderse a las dos categorías de conflictos armados" (2).

---

(2) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Le Procureur c/Dusko Tadic alias "Dule". Arret relatif a l'appel de la défense concernant l'exception

Distinto es el caso del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, donde el "Consejo de Seguridad ha ido más lejos que en Tribunal de la ex Yugoslavia por lo que respecta al derecho aplicable, y ha incluido, en la competencia *ratione materiae*, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y un instrumento como el Protocolo Adicional II de 1977 que, en su integridad, no puede ser considerado como parte integrante del derecho internacional consuetudinario o cuya violación no necesariamente es considerada, como comprometedora de la responsabilidad penal de su autor" (3).

La sala de apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tuvo que pronunciarse al respecto en su decisión del 2 de octubre de 1995 en el caso *Tadic*. El Tribunal juntamente con reconocer la existencia de un conjunto de normas consuetudinarias aplicables en los conflictos armados internos señala "dada la intención del Consejo de Seguridad y la lógica y sistemática interpretación del artículo 3 (violaciones de las leyes y costumbres de la guerra) así como del derecho internacional consuetudinario, la sala de apelación concluye que, de conformidad con el artículo 3, el Tribunal Internacional es competente para juzgar las supuestas infracciones que figuran en el acta de acusación, si se han cometido durante un conflicto tanto interno como internacional" (4).

Sin declararlo explícitamente, la sala parece considerar que hay actualmente "crímenes de guerra" en el marco de conflictos armados internos. Pero habida cuenta del estado actual del derecho, se niega a admitir que pueda haber "infracciones graves".

Es así, que con respecto al artículo 2 (infracciones graves contra los Convenios de Ginebra de 1949), la sala declara que el régimen de infracciones graves, al que remite, se limita a las personas y a los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra, y no ha de considerarse aplicable a las situaciones reguladas por el artículo 3 común.

En efecto, el Tribunal dio la razón a la defensa sobre el ámbito de aplicación del citado artículo 2 del Estatuto, aplicable únicamente en supuestos de conflictos armados internacionales. Ello no obstante, es destacable el hecho de que constate la existencia de "nuevas tendencias" en la práctica estatal, y en el conjunto de la doctrina del Derecho

---

préjudicielle d'incompétence, arret du 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72 p. 47 & 78.

(3) Nations Unies, Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, 13 février 1995, Doc. ONU S/1995/134, pp. 3-4 & 12.

(4) *Ibid.*, p. 79 & 137.

Internacional Humanitario, que tienden a borrar en muchos aspectos la distinción entre guerra internacional y contienda civil. En particular, considera que el "amicus curiae" de Estados Unidos, que defendió la aplicación del artículo 2 a los conflictos armados no internacionales, junto a otros elementos, apuntan a un posible cambio de la *optima juris* de los Estados. El Juez Abi-Saab en opinión disidente afirmó la existencia de una norma consuetudinaria en la materia (5).

De esta manera, la Jurisprudencia Internacional, sin perjuicio de los importantes desarrollos expuestos, ha ratificado la existencia de dos regímenes distintos en el Derecho Internacional Humanitario, uno aplicable a los conflictos armados internacionales y caracterizado por el sistema de "infracciones graves" y otro aplicable a los conflictos armados internos, en el cual el referido sistema no existe.

En relación a lo expuesto, surge la importancia de clarificar los elementos que determinan 1) la existencia de un conflicto armado; 2) el carácter internacional del conflicto y; 3) el concepto de personas protegidas.

Esta necesidad aparece especialmente relevante en la realidad internacional contemporánea, caracterizada por un número creciente de conflictos armados internos en que participan Estados extranjeros, lo que ha permitido que se hable de una categoría distinta: los conflictos armados internacionalizados, caracterizados porque siendo a *prima facie* conflictos armados internos devienen en un conflicto armado internacional dependiendo del nivel de involucramiento de potencias extranjeras. En estos conflictos a fin de determinar, en última instancia, el carácter del conflicto y, por tanto, el tipo de disposiciones a aplicar, aparece necesario que el Derecho Internacional Humanitario sea complementado por los principios y normas del Derecho Internacional General que regulan la responsabilidad internacional del Estado, en particular, por actos de fuerzas rebeldes no pertenecientes a dicho Estado pero que actúan como sus órganos o agentes de *facto*.

Desde esta perspectiva, es objeto de esta investigación, el estado actual del Derecho Internacional en la materia, teniendo presente los últimos desarrollos de la jurisprudencia internacional, en particular, a la luz de las sentencias del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

## II. - DEFINICION DE CONFLICTO ARMADO.

Como consecuencia de la investigación que se realizó en la República de Bosnia-Herzegovina durante el verano de 1994, el fiscal del

---

(5) *Ibid.*, Opinion séparée du Judge Abi-Saab, p. 6.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia acusó a Dusko Tadic, un bosnio de origen serbio, arrestado en febrero de ese año en Alemania, de presunto responsable de crímenes contra la humanidad; de la violación de las leyes y costumbres de la guerra y; de graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949.

En su comparecencia inicial ante el Tribunal de primera instancia II, el 26 de abril Tadic se declaró inocente de todos los cargos y, desde ese momento, la defensa y la acusación plantearon diversas excepciones prejudiciales. La primera de las cuales, de 23 de junio de 1993, se sitúa en el origen de la decisión del Tribunal de apelación del 2 de noviembre de 1995. Mediante esa excepción prejudicial se impugnaba la competencia del Tribunal por considerar ilegal su creación, por ejercicio abusivo de su primacía sobre las jurisdicciones nacionales, y finalmente por falta de competencia *rationae materiae* sobre la base de los artículos 2, 3 y 5 del Estatuto del Tribunal.

Después de descartar las dos primeras excepciones, el Tribunal de apelación llegó a la conclusión que los actos señalados en la región de Prijedor sí fueron cometidos en el contexto de un conflicto armado, fundamentando su posición en una definición muy amplia de conflicto armado desde el punto de vista subjetivo, geográfico y temporal.

Al respecto, el Tribunal de apelación precisa: "Encontramos que existe un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado. El Derecho Internacional se aplica desde la iniciación de dichos conflictos armados más allá del cese de las hostilidades hasta que se alcanza una conclusión general de paz, o en el supuesto de conflictos internos, se concluye un arreglo de paz. Hasta ese momento, el Derecho Internacional Humanitario continúa aplicándose en el conjunto del territorio de los Estados enfrentados o, en el supuesto de un conflicto interno, en el territorio bajo control de una parte, tengan lugar o no combates en ese momento" (6).

En relación a lo expuesto, debe indicarse que los Convenios de Ginebra de 1949 contienen disposiciones extendiendo su ámbito de aplicación temporal más allá del fin de las hostilidades armadas, como por ejemplo, respecto de los prisioneros de guerra, hasta su liberación y/o repatriación (7).

---

(6) *Ibid.*, parág. 70.

(7) Art. 18 Convenio III de 1949 sobre Protección de Prisioneros de Guerra.

De acuerdo a la definición otorgada por el Tribunal de apelación los dos criterios que determinan la existencia de un conflicto armado que permiten distinguirlo de actos de bandidaje, insurrecciones organizadas y de corta vida, o actos de terrorismo no sujetos al Derecho Internacional Humanitario, son: 1) la intensidad del conflicto y 2) la organización de las partes en conflicto.

Por otra parte, el Tribunal de apelación precisó que la existencia de un conflicto armado u ocupación y la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en un determinado territorio, no es suficiente para crear una jurisdicción internacional sobre todo grave crimen cometido en éste. Para ello, agrega el Tribunal, debe un nexo suficiente establecerse entre la ofensa alegada y el conflicto armado que dé lugar a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, bastando que los crímenes que se aleguen estén muy ligados a las hostilidades. Por tanto, debe considerarse como suficiente que se pruebe que el crimen fue cometido en el curso o como parte de las hostilidades o de la ocupación de un área controlada por una de las partes. Como lo señala el Tribunal de primera instancia, no es necesario que el crimen sea parte de una política o de una práctica oficialmente sostenida por una parte en el conflicto o en cumplimiento o asociada con la conducción o el interés de la guerra.

### III. - CRITERIO JURIDICO PARA DETERMINAR CUANDO UN CONFLICTO ARMADO QUE ES PRIMA FACIE INTERNO DEBE SER CONSIDERADO UN CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

La Corte Internacional de Justicia en su sentencia del año 1986 en el "Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua" debió pronunciarse sobre la responsabilidad de Estados Unidos por la violación, *inter alia*, de normas del Derecho Internacional Humanitario y, específicamente, sobre cuáles de estas normas eran aplicables, considerando el carácter dual de dichas normas en relación al tipo de conflictos en que ellas fueran aplicadas.

Al precisar las obligaciones legales de Estados Unidos hacia Nicaragua, incluyendo las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario, la Corte concluyó que el conflicto tenía un carácter mixto. De acuerdo a la Corte:

"El conflicto entre las fuerzas de la *contra* y las del Gobierno de Nicaragua es un conflicto armado "sin carácter internacional". Los actos de los *contras* en relación con el Gobierno de Nicaragua se rigen, por lo tanto, por el derecho aplicable a dichos conflictos, mientras que las acciones de los Estados Unidos en Nicaragua y en contra

de Nicaragua se rigen por las normas relativas a los conflictos internacionales" (8).

Al considerar si los actos de los *contras*, siendo éstos una fuerza rebelde opuesta al Gobierno de Nicaragua, podían ser imputados a los Estados Unidos, la Corte se preguntó:

"La Corte tiene que determinar si la vinculación existente entre la *contra* y el gobierno de los Estados Unidos era hasta tal grado de dependencia por una parte y de control por la otra que, jurídicamente, la *contra* podría asimilarse a un órgano del Gobierno de los Estados Unidos o a alguien que actuara por cuenta de dicho Gobierno" (9).

Al concluir que los Estados Unidos no habían ejercido un control suficiente "en todas sus actividades que pueda estimarse que la *contra* actuara en su nombre", la Corte tomó la posición que:

"...aunque fuera preponderante o decisiva la participación de los Estados Unidos en la organización, formación, equipamiento, financiación y suministro de los *contras*, en la selección de sus objetivos militares y paramilitares, y en la preparación de todas sus operaciones, continúa siendo en sí misma insuficiente, según los datos que posee la Corte, para que puedan atribuirse a los Estados Unidos los actos cometidos por los *contras* en el curso de sus operaciones militares y paramilitares en Nicaragua. Todas las formas de participación de los Estados Unidos que se han mencionado, e incluso el control ejercido sobre una fuerza extraordinariamente dependiente de ellos, no suponen por sí mismos, sin que existan datos complementarios, que los Estados Unidos ordenaran o impusieran la perpetración de actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado demandante. Estos actos podrían perfectamente haber sido cometidos por miembros de las fuerzas de la *contra* fuera del control de los Estados Unidos. Para que éstos incurrieran en responsabilidad internacional, en principio, debería probarse que controlaban realmente las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se hubieran cometido las violaciones alegadas" (10).

De esta manera, la Corte determinó la necesidad de un alto grado de control en la materia. En efecto, no sólo requiere que se ejerza un "control efectivo" sobre los grupos militares o paramilitares, sino tam-

---

(8) "Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua V. United States of America). Merits, Judgment, I. C. J., Reports 1986, parág. 219.

(9) *Ibid.*, parág. 109.

(10) *Ibid.*, parág. 115.

bién, que el control sea ejercido con respecto a las operaciones específicas en el curso del cual las violaciones hubieran ocurrido.

Los principios del Derecho Internacional concernientes a la atribución al Estado de actos realizados por individuos privados ha sido recogido en el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión de Derecho Internacional con ocasión de su primera lectura en 1997.

En efecto, el artículo 8 del primer texto titulado "Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado" señala:

"Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si:

a) Consta que una persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado; o

b) Esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas".

El artículo 8 del segundo texto señala:

"La conducta de una persona o de un grupo de personas debe ser considerada un acto del Estado de conformidad con el derecho internacional, si la persona o grupo de personas en el hecho estuvieran actuando de acuerdo a sus instrucciones o bajo su dirección o control en la realización de esa conducta".

En efecto, en los artículos 5 y 7 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional se ha previsto la atribución al Estado sujeto de derecho internacional, como posible fuente de una responsabilidad por su parte, de los comportamientos de órganos que forman parte de la estructura propiamente dicha del Estado, así como de órganos de las entidades públicas territoriales del Estado o de otras entidades facultadas también por el derecho interno para ejercer determinadas prerrogativas del poder público (11). Con ello se abarca el amplio sec-

---

(11) El artículo 5 titulado "Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos, establece: "Para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad".

El artículo 7 titulado "Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público", señala:

tor de todos los que, de uno u otro modo, se encuentran formalmente encargados por el derecho interno del Estado de actuar por cuenta de la colectividad. El artículo 8 viene a completar los dos artículos antes mencionados al prever la posibilidad de atribuir al Estado sujeto de derecho internacional el comportamiento de personas (individuos o entidades privadas) o de grupos de personas que hayan actuado de hecho, en circunstancias determinadas, por cuenta del Estado, sin haber recibido no obstante a este respecto una investidura formal en cuanto órganos del sistema jurídico estatal.

Las actividades que las personas o los grupos de que se trata realizan así de hecho por cuenta del Estado deben ser consideradas, como hechos del Estado según el derecho internacional, es decir, como hechos susceptibles, llegado el caso, de constituir fuente de responsabilidad internacional del Estado.

El fundamento de esta disposición lo debemos encontrar en la necesidad de prevenir que los Estados eludan la responsabilidad internacional por ilícitos cometidos por sujetos privados actuando de facto por cuenta de éstos. En otras palabras, a los Estados no les está permitido, por una parte, actuar de facto, a través de particulares y, por otra parte, disociarse de esas conductas cuando ellas violan el Derecho Internacional.

Por tanto, en cada caso concreto en que se trata de establecer la responsabilidad internacional del Estado, como ha sido establecido por la jurisprudencia internacional, debe efectivamente probarse que la persona o el grupo de personas han sido verdaderamente encargados por órganos del Estado de desempeñar una determinada función o de ejecutar una determinada tarea o que han realizado un trabajo por instigación de esos órganos.

Así, en la decisión pronunciada el 30 de noviembre de 1925 por un tribunal angloamericano en el "Asunto Earnshaw y otros" ("Zafiro" case), éste indicó que las actividades de la tripulación de un buque mercante norteamericano eran atribuibles a los Estados Unidos de América y daban lugar a la responsabilidad internacional de ese Estado, ya que se había demostrado que dicho buque, aun siendo privado, se utiliza-

---

"1. Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

2. Se considerará igualmente hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad que no forma parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que está facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad".

graves a los Convenios de Ginebra dado que la Fiscalía no había probado que Serbia ejercía un control efectivo sobre las fuerzas bosnias serbias después del 19 de mayo de 1992, periodo en que los actos por los cuales se acusaba a Tadic tuvieron lugar. Así como la Corte Internacional de Justicia concluyó que los actos de los *contras* no podían ser imputados a los Estados Unidos en razón de que ellos no se encontraban sujetos al control de los Estados Unidos (14), así los dos Jueces concluyeron que los actos de los Bosnios Serbios no podían ser considerados como actos de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) sin probarse el control de Belgrado sobre los Bosnios Serbios. A pesar que la mayoría admitió que Belgrado había aprovisionado a los Bosnios Serbios de armas, medios de comunicación y transporte como de salarios, los jueces mayoritarios sostuvieron que no era suficiente probar que las fuerzas Bosnias Serbias fueran "dependientes, aún completamente dependientes" de Belgrado, sino que era necesario probar que Serbia tenía un control efectivo de las acciones de los Bosnios Serbios (15). Aún más, la mayoría aceptó que las tropas Bosnio Serbias habían coordinado sus acciones con Belgrado, agregando que "coordinación no es lo mismo que comando y control" (16).

Las conclusiones a que llegó el Tribunal en la decisión expuesta difieren con lo que el mismo Tribunal de primera instancia II sostuvo en el caso "Rajic" (Rule 61), donde el test de la "agencia" establecido en el fallo de la Corte Internacional de Justicia, en el caso "Nicaragua", fue declarado inaplicable en relación al control de la República de Croacia respecto de las fuerzas Bosnias Croatas en el área por ellas ocupadas durante el tiempo relevante. Es así, como el Tribunal distinguiendo ambas situaciones sostuvo: "La Corte Internacional de Justicia se ocupó de establecer la responsabilidad del Estado por violaciones al Derecho Internacional Humanitario y, por tanto, se preocupó de determinar el control operacional de los Estados Unidos respecto de los *contras*; por el contrario, la sala no debía considerar la responsabilidad de Croacia por los actos cometidos por los Bosnios Croatas sino meramente si los Bosnios Croatas podían ser considerados agentes de Croacia para el propósito de establecer su jurisdicción respecto de actos alegados como violatorios de las disposiciones sobre infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, para lo cual el control operacional específico no parecía de fundamental importancia" (17).

---

(14) *Ibid.*, nota 8, parág. 109.

(15) Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. (TPIY) "Prosecutor v. Dusko Tadic". Judgment of the Trial Chamber, 7-May-1997. Cae IT-94-1-T, parág. 595.

(16) *Ibid.*, parág. 598.

(17) (TPIY) "Prosecutor v. Rajic", Review of Indictment Pursuant to Rule 61, N° IT-95-12-R61, parág. 22 (Sep. 13, 1996).

En su decisión de fecha 16 de noviembre de 1998, el Tribunal de primera instancia II, en el Asunto "Celibici" declaró que el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso "Nicaragua", utilizado para caracterizar el conflicto armado en el caso "Tadic", no podía ser traspuesto indiscriminadamente a los hechos de Celibici. Una importante distinción se encontraba en que en el caso "Nicaragua", la cuestión concernía acerca de la existencia de un uso de la fuerza en violación al derecho consuetudinario y al artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas y de intervención ilícita, en razón de la incursión de fuerzas y la operación de agentes de una entidad distinta en otra, en particular, de los Estados Unidos en los asuntos internos de Nicaragua. Por el contrario, el procedimiento judicial en el caso "Celibici" concernía con la desintegración de las fronteras de un Estado, la creación de nuevas fronteras y la cuestión de la continuidad del control de las fuerzas armadas (18).

El Tribunal en este caso consideró que la cuestión no era si existía un conflicto armado internacional en la municipalidad de Konjic. Si existía un conflicto armado internacional en el territorio de Bosnia-Herzegovina, las normas pertinentes del Derecho Internacional Humanitario se aplicarían en todo el territorio hasta la cesación de hostilidades, a menos que se pudiera demostrar que los conflictos en algunas áreas fueran conflictos internos separados no relacionados con el más extenso conflicto armado internacional. De la evidencia del caso surgía la existencia de un conflicto armado internacional en Bosnia-Herzegovina a la fecha de su reconocimiento como un Estado independiente el 6 de abril de 1992. No existía evidencia que indicara que las hostilidades que ocurrían en el municipio de Konjic fueran parte de un conflicto armado separado y, por el contrario existía evidencias del involucramiento de las Fuerzas Armadas de la República Federal de Yugoslavia (JNA) en dichos combates. El conflicto armado internacional persistió durante todo ese año y no se alteró fundamentalmente en su naturaleza. El retiro de tropas de la JNA que no fueran de nacionalidad bosnia y la creación de la VRS (Fuerzas Armadas de los Bosnios Serbios) y la VJ (Fuerzas Armadas de Serbia y Montenegro) fue un deliberado intento de disfrazar el continuo involucramiento de la República Federal de Yugoslavia en el conflicto mientras su Gobierno continuaba en el hecho controlando a los Bosnios Serbios. Desde el punto de vista de la estrategia, del personal y de la logística las operaciones de la JNA continuaron pero con otro nombre. Es absolutamente artificial separar el período anterior al 19 de mayo de 1992 del período posterior en la consideración de la naturaleza del conflicto y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (19).

---

(18) (TPIY). "Prosecutor v. Zejnal Delalic et al.", Case N° IT-96-21-T, Trial Chamber, 16 November 1998, parág. 229-231.

(19) *Ibid.*, parágs. 209-234.

La tesis del "control efectivo" sostenido por la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso "Nicaragua" y adoptado por el Tribunal de primera instancia del Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia en el caso "Tadic", fue rechazado por el Tribunal de apelación en su decisión en el mismo asunto, de fecha 15 de julio de 1999.

Al respecto, el Tribunal sostuvo la necesidad de distinguir entre la situación de los individuos que actúan en nombre de un Estado sin instrucciones específicas y la de individuos que actúan como integrantes de un grupo organizado y jerárquicamente estructurado, como una unidad militar, o en el caso de una guerra o contienda civil, bandas armadas de irregulares o rebeldes. Claramente, un grupo organizado difiere de un individuo en que el primero tiene una estructura, una cadena de mando y un conjunto de reglas como también símbolos visibles de autoridad. Normalmente los miembros de estos grupos no actúan por su propia cuenta sino que se conforman a standards prevalentes en el grupo y se encuentran sujetos a la autoridad del jefe del grupo. De manera, que para que se le atribuyan a un Estado los actos de estos grupos es suficiente exigir que el grupo como un conjunto esté bajo un control "general" del Estado (20).

Esta calidad del control del Estado sobre un grupo militar y el hecho de que el Estado sea considerado responsable por los actos realizados por un grupo independientemente de cualquiera instrucción estatal, o incluso contrarios a sus instrucciones, de alguna manera asimila al grupo con los órganos del Estado (21).

Bajo las reglas de la Responsabilidad del Estado como son recogidas en el artículo 10 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión de Derecho Internacional con ocasión de su primera lectura en enero de 1997, un Estado es internacionalmente responsable por actos *ultra vires*. En efecto, dicha norma tiene por objeto puntualizar que ese comportamiento se atribuye al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, incluso si sus autores han contravenido los preceptos del derecho interno concernientes a su actividad, como en el caso en que se han excedido en su competencia o han contravenido las instrucciones recibidas. De ello se desprende que, según el sistema adoptado por la Comisión, ningún comportamiento de los órganos del Estado queda excluido de la atribución al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional. Sólo los actos de los seres humanos que componen tales órganos, realizados como actos de simples particulares, no son considerados como hechos del Es-

---

(20) (TPIY) "Prosecutor v. Tadic". Judgment of Appeal Chamber, 5 July 1999, parág. 120.

(21) *Ibid.*, parág. 121.

tado y por tanto, exentos de responsabilidad internacional. De esta manera, puede sostenerse que el conjunto de reglas del derecho internacional de la Responsabilidad del Estado se basan en un concepto realista de la responsabilidad, que desconoce las formalidades legales y busca asegurar que los Estados que confían ciertas funciones a individuos o a grupos de individuos respondan por sus acciones, aun cuando estos actos sean contrarios a sus directivas (22).

Esta misma lógica el Tribunal la aplica al caso en cuestión, diferenciando el acto de un grupo organizado en nombre del Estado del realizado por un individuo privado. En el caso de un grupo organizado, el grupo normalmente se involucra en un conjunto de actividades. Si este grupo está bajo el control general del Estado, estos actos deben ser considerados como generadores de responsabilidad para ese Estado, no importando que cada uno de ellos haya sido específicamente impuesto, requerido o dirigido por el Estado (23).

Al respecto, el Tribunal cita el laudo arbitral dictado el 23 de noviembre de 1926 en el "Asunto Youmans" por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América/México, creada por el Convenio de 8 de septiembre de 1923 (24), donde la Comisión tenía que determinar si el Gobierno mexicano debía responder, a efectos de responsabilidad internacional, de la acción de un destacamento de 10 soldados y el oficial que los mandaba, los cuales, habiendo sido enviados a Anganguero con instrucciones de proteger a determinados nacionales norteamericanos amenazados por los disturbios, en vez de ejecutar las órdenes recibidas, habían disparado contra uno de los extranjeros, al que mataron, y luego habían tomado parte, junto con la multitud desenfrenada en la matanza de otros dos. La Comisión condenó al gobierno demandado a reparar el daño y motivó su fallo en las consideraciones siguientes:

"...no creemos que la participación de los soldados en el asesinato de Anganguero pueda ser considerada como un acto cometido por soldados a título privado, cuando es evidente que, en el momento en que se cometió ese acto, los hombres estaban de servicio bajo la supervisión directa del oficial que los mandaba y en su presencia. Los soldados que causan lesiones a personas o que cometen actos crueles de destrucción o de pillaje obran siempre desobedeciendo ciertas normas dictadas por la autoridad superior. Jamás podría haber responsabilidad por tales fechorías si se adoptara el punto de vista de que todos los actos cometidos por soldados en contra de

---

(22) *Ibid.*, parág. 121.

(23) *Ibid.*, parág. 122.

(24) *Ibid.*, parág. 122.

sus instrucciones siempre deben ser considerados actos cometidos a título personal" (25).

Ahora bien, el Tribunal sostiene que la argumentación expuesta no implica desconocer las necesarias distinciones que deben hacerse respecto de las variadas situaciones legales descritas. Así en el caso "Youmans" la responsabilidad del Estado se deriva objetivamente del hecho que los individuos que se involucran en ciertos ilícitos internacionales, poseen bajo la legislación nacional pertinente, la calidad de agentes del Estado. Por otra parte, en el caso bajo discusión del Tribunal, la responsabilidad del Estado por los actos de grupos organizados es el corolario objetivo del control general que ejerce el Estado sobre el grupo. Sin perjuicio de estas diferencias jurídicas, el hecho concluyente es que el Estado es responsable internacionalmente por actos en violación del derecho internacional cometidos: 1) por individuos que teniendo el status formal de órganos del Estado actúan *ultra vires* o *contra legem*, o 2) por individuos que forman parte de grupos organizados sujetos al control del Estado, no importando que el Estado haya impartido instrucciones específicas a esos individuos. El fundamento de esta última responsabilidad estatal debe encontrarse en que, de otra manera, los Estados pudieran usar como pretexto para exonerarse de responsabilidad, su derecho interno o la falta de específicas instrucciones (26).

Asimismo, para rechazar la aplicación del criterio del "control efectivo" sostenido por la Corte Internacional de Justicia en el caso "Nicaragua", el Tribunal también se basa en la jurisprudencia internacional.

En efecto, en casos relacionados con miembros de grupos militares o paramilitares los tribunales internacionales no han aplicado el criterio del "control efectivo". Así, en el caso "Stephens" la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México atribuye a México actos cometidos durante la guerra civil por miembros de los grupos "irregulares auxiliares" a su ejército, los cuales, entre otras cosas, carecían de uniformes e insignias. En el caso, la Comisión no investigó si se habían o no impartido instrucciones concernientes al asesinato de nacionales de Estados Unidos por esos grupos (27).

Por otra parte, en el caso "Kenneth P. Yeager", el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos sostuvo que los actos ilícitos de los "guar-

---

(25) *Ibid.*, nota 13, pp. 115 y 116.

(26) *Ibid.*, parág. 123.

(27) *Ibid.*, nota 13, pp. 266-267.

días revolucionarios" iraníes o "revolucionarios Komitehs" *vis-a-vis* los ciudadanos americanos ocurridos entre el 13 y el 17 de febrero de 1979 eran atribuibles a Irán (el Tribunal se refería en particular al hecho que dos miembros de los "guardias" habían obligado a los americanos a dejar sus casas y salir de Irán, al hecho que los americanos habían sido obligados a permanecer en el Hotel Hilton por tres días mientras los "Guardias" custodiaban las salidas y el hecho de que habían sido subsecuentemente registrados en el aeropuerto por otros "Guardias" los que les habrían sustraído su dinero). El Tribunal consideró que los actos eran atribuibles a Irán dado que los "Guardias" habían actuado como órganos de facto de ese Estado. Al respecto, el Tribunal indicó:

"muchos de los adherentes al Ayatollah Khomeini fueron organizados en 'comités revolucionarios locales' de los cuales emergieron los 'comités vecinales' formados antes de la victoria de la revolución. Estos Comités sirvieron como fuerzas de seguridad locales en el inmediato advenimiento de la revolución. Se encuentra informado que ellos hicieron arrestos, confiscaron propiedad y llevaron a personas a prisión...

De conformidad al Derecho Internacional Irán no puede, por una parte, tolerar el ejercicio de autoridad gubernamental por los 'Guardias Revolucionarios' y al mismo tiempo denegar responsabilidad por los actos ilícitos cometidos por ellos" (28).

Un criterio similar, adoptó la Corte Europea de Derechos Humanos en "Loizidou v. Turkey". En este caso la Corte tenía que determinar si Turquía era responsable por la continua denegación al demandante del acceso a su propiedad en el norte de Chipre y la consiguiente pérdida en el control sobre ella. El Estado demandado, Turquía, objetó la competencia de la Corte bajo el fundamento que el acto motivo de la reclamación no era atribuible a sus autoridades sino que a las de la República Turca del Norte de Chipre ("TRNC"). La Corte rechazó dicha argumentación y determinó que Turquía era responsable, sin que estimara necesario determinar si las autoridades turcas ejercían un "detallado" control sobre las específicas "políticas y acciones" de las autoridades de "TRNC". A la Corte le bastó que se le demostrara que las autoridades locales se encontraran bajo un "control efectivo general" de Turquía (29).

Ahora bien ¿Qué entiende el Tribunal por "control general" de las actividades de estos grupos militares o paramilitares?

---

(28) "Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran", 17 Iran-U. S. Claims Tribunal Reports. 1987, vol. IV, p. 92.

(29) "Loizidou v. Turkey (Merits) Eur. Court of H. R. Judgment of 18 December 1996 (40719937435/514).

Basándose en la Jurisprudencia internacional y en la práctica de los Estados, particularmente en el caso de los movimientos de liberación nacional, el Tribunal estima que para la aplicación del criterio indicado, no es suficiente que el grupo sea financiado o eventualmente militarmente asistido por el Estado. En efecto, a pesar que algunos Estados proporcionaron a movimientos con base territorial como la OLP, SWAPO y el ANC asistencia económica y militar, otros Estados incluyendo aquellos Estados contra los cuales estos Movimientos combatían, no les atribuyeron responsabilidad por los actos de estos grupos (30).

En efecto, en orden a atribuir a un Estado actos de grupos militares o paramilitares, es necesario que se pruebe un control "general" de ese Estado sobre los referidos grupos, no sólo equipándolos y financiándolos, sino también coordinándolos y ayudándolos en la planificación general de sus actividades militares. Sólo de esa manera, el Estado puede ser responsable internacionalmente por los ilícitos de esos grupos. Sin embargo, no se considera necesario para ello, que en adición a lo ya expuesto, el Estado deba al jefe o a los miembros del grupo dar instrucciones para la comisión de actos específicos contrarios al Derecho Internacional (31).

Debe agregarse que los tribunales internacionales han tenido un criterio diferente al expuesto respecto de los actos de individuos o grupos no organizados bajo una estructura militar. En relación a estos grupos, no ha considerado el criterio de un "control general" sino que han sostenido la necesidad de la existencia de instrucciones o directivas específicas dirigidas a la comisión de actos específicos o a lo menos la pública aprobación del Estado a esas actividades una vez ocurridas (32).

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del "Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán" en 1980, determinó que los estudiantes iraníes (no integrantes de grupos armados organizados) que habían apedreado la Embajada de los Estados Unidos y tomado como rehenes a 52 nacionales estadounidenses, no habían inicialmente actuado a nombre de Irán en razón que las autoridades iraníes no los habían específicamente instruido para cometer dichos actos. Sin embargo, Irán fue declarado internacionalmente responsable por no haber prevenido el ataque a los recintos diplomáticos de los Estados Unidos y tampoco haberlos hecho cesar. Posteriormente, las autoridades iraníes expresamente aprobaron la ocupación de la embajada y la detención de los ciudadanos america-

---

(30) *Ibid.*, nota 20. parág. 130.

(31) *Ibid.*, parág. 131.

(32) *Ibid.*, parág. 132.

nos por los estudiantes militantes. En ese momento, sostuvo la Corte, los militantes se convirtieron en agentes del Estado de Irán y sus actos, por tanto, en internacionalmente atribuibles a ese Estado (33).

El mismo criterio fue adoptado por la Corte en el caso "Nicaragua" en relación a las UCLAs (definidos por la Corte como personas de nacionalidades no identificadas de países de América Latina). Para que sus actos pudieran haber sido atribuibles a Estados Unidos hubiera sido necesario que no sólo fueran pagados, supervisados y equipados logísticamente por las autoridades americanas sino que hubieran actuado bajo instrucciones de sus órganos (34).

Un punto de vista similar fue sostenido en 1987 por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso "Short". En este caso Irán no fue declarado internacionalmente responsable por la expulsión ilegal del reclamante. El Tribunal determinó que los revolucionarios iraníes (armados pero no que no constituidos en un grupo organizado) que ordenaron la salida del reclamante de Irán no eran órganos estatales, ni tampoco las declaraciones del Ayatollah Khomeini constituyeron una específica incitación a los revolucionarios a expulsar extranjeros (35).

En conclusión, el Tribunal sostuvo que el Derecho Internacional no requiere el mismo grado de control sobre los grupos armados que sobre los individuos privados a fin de determinar en qué caso un individuo que no tiene el status de agente del Estado bajo el derecho interno puede ser considerado como un órgano de facto de éste. En efecto, para que un simple individuo privado o de un grupo que no se encuentra militarmente organizado, pueda ser considerado como actuando en el carácter de órgano de facto del Estado en la comisión de un determinado acto, es necesario que se acredite que recibió instrucciones específicas o bien que el Estado en cuestión públicamente lo aprobó y respaldó ex post facto. Por el contrario, el control de un Estado sobre fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares puede ser un mero control "general", que comprendiendo la provisión de asistencia financiera, equipamiento militar y entrenamiento no requiere que se impartan órdenes específicas ni tampoco la dirección de cada operación individual. En efecto, de conformidad al Derecho Internacional no resulta necesario que las autoridades estatales deban planear todas las operaciones de las unidades dependientes de ellas, elegir sus obje-

---

(33) "United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, Judgment, ICJ Reports (1980) parágs. 60-68; 74-75.

(34) *Ibid.*, nota 8, parág. 75.

(35) "Alfred W. Short v. Islamic Republic of Iran", Award N° 312-11135-3, 16 Iran- U. S. Claims Tribunal Reports, 1987, p. 76.

tivos u otorgar instrucciones específicas concernientes a la conducción de las operaciones militares como la comisión de violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Este control requerido por el Derecho Internacional puede existir cuando un Estado (en el contexto de un conflicto armado) tiene un rol en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares de un grupo militar, además de financiar, entrenar, equipar o proporcionar soporte operacional al grupo. En este contexto, los actos cometidos por el grupo o sus miembros deben ser considerados como actos de facto de órganos del Estado, a pesar de no haber recibido ninguna instrucción específica del Estado controlador respecto de su comisión (36).

Ahora bien, si como en el caso "Nicaragua" el Estado controlador no es el Estado en cuyo territorio se producen los combates o donde las unidades armadas realizan sus actos, una más extensiva y completa evidencia es requerida a fin de demostrar que dicho Estado tiene un genuino control de las unidades o grupos, no solamente financiándolos y equipándolos, sino también dirigiéndolos en general o ayudándolos a planificar sus acciones (37).

La misma substancial evidencia es requerida cuando el Estado en cuestión es el Estado en cuyo territorio se producen los combates y la situación general es de disturbios, contienda civil y débil autoridad estatal (38).

Al criterio del "control general" respecto de grupos armados y de "instrucciones específicas" o subsecuentemente "pública aprobación" aplicado a simples individuos o grupos no organizados militarmente, la Corte agrega un nuevo criterio. Este criterio es el de la asimilación respecto de determinadas conductas, de los individuos a órganos estatales dentro de la estructura del Estado (sin consideración de la necesidad de instrucciones estatales) (39).

A fin de ilustrar este criterio, el Tribunal se refiere al caso "Joseph Kramer et al." (también llamado caso "Belsen"). Los demandados no comprendían sólo miembros alemanes del staff de los campos de concentración de Belsen y Auschwitz sino también un conjunto de prisioneros de nacionalidad polaca y un judío austriaco, "elevados por los administradores del campo a la posición de autoridad sobre los otros internados". Estas personas fueron *inter alia* acusados de asesinato y

---

(36) *Ibid.*, nota 20, parág. 137.

(37) *Ibid.*, parág. 138.

(38) *Ibid.*, parág. 139.

(39) *Ibid.*, parág. 141.

tivos u otorgar instrucciones específicas concernientes a la conducción de las operaciones militares como la comisión de violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Este control requerido por el Derecho Internacional puede existir cuando un Estado (en el contexto de un conflicto armado) tiene un rol en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares de un grupo militar, además de financiar, entrenar, equipar o proporcionar soporte operacional al grupo. En este contexto, los actos cometidos por el grupo o sus miembros deben ser considerados como actos de facto de órganos del Estado, a pesar de no haber recibido ninguna instrucción específica del Estado controlador respecto de su comisión (36).

Ahora bien, si como en el caso "Nicaragua" el Estado controlador no es el Estado en cuyo territorio se producen los combates o donde las unidades armadas realizan sus actos, una más extensiva y completa evidencia es requerida a fin de demostrar que dicho Estado tiene un genuino control de las unidades o grupos, no solamente financiándolos y equipándolos, sino también dirigiéndolos en general o ayudándolos a planificar sus acciones (37).

La misma substancial evidencia es requerida cuando el Estado en cuestión es el Estado en cuyo territorio se producen los combates y la situación general es de disturbios, contienda civil y débil autoridad estatal (38).

Al criterio del "control general" respecto de grupos armados y de "instrucciones específicas" o subsecuentemente "pública aprobación" aplicado a simples individuos o grupos no organizados militarmente, la Corte agrega un nuevo criterio. Este criterio es el de la asimilación respecto de determinadas conductas, de los individuos a órganos estatales dentro de la estructura del Estado (sin consideración de la necesidad de instrucciones estatales) (39).

A fin de ilustrar este criterio, el Tribunal se refiere al caso "Joseph Kramer et al." (también llamado caso "Belsen"). Los demandados no comprendían sólo miembros alemanes del staff de los campos de concentración de Belsen y Auschwitz sino también un conjunto de prisioneros de nacionalidad polaca y un judío austriaco, "elevados por los administradores del campo a la posición de autoridad sobre los otros internados". Estas personas fueron *inter alia* acusados de asesinato y

---

(36) *Ibid.*, nota 20, parág. 137.

(37) *Ibid.*, parág. 138.

(38) *Ibid.*, parág. 139.

(39) *Ibid.*, parág. 141.

de otras ofensas contra los prisioneros del campo. De acuerdo a un informe especial en el caso: "Abordando el argumento que crímenes de guerra no pudieron haber sido cometidos contra nacionales de otros Estados aliados, el Fiscal señaló que habiéndose estas personas identificado con las autoridades alemanas, se han hecho tan responsables que las propias S.S. debiendo ser considerados como habiéndose aproximados a la calidad de miembros de las fuerzas armadas de Alemania" (40).

En el caso "Menten" decidido por la Corte de Casación de Holanda, en sentencia de fecha 29 de mayo de 1978, un nacional holandés de apellido Menten que no había sido formalmente miembro de las fuerzas alemanas, fue acusado de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por haber asesinado en Polonia a un número de civiles, mayormente judíos, en nombre de las fuerzas especiales alemanas (SD o Einsatzkommandos). La Corte determinó que Menten en el hecho había actuado como un miembro de las fuerzas alemanas y por tanto, era responsable por dichos crímenes (41).

A la luz de los argumentos anteriores, el Tribunal llegó a la conclusión que de conformidad al Derecho Internacional, el conflicto armado debía ser considerado como de carácter internacional, si se acreditaba que los Bosnios Serbios eran una "organización militar" sujeta a un "control general" de la República Federal de Yugoslavia, manifestado no sólo en el financiamiento y equipamiento de esa organización militar, sino que también en la planificación y supervisión de sus operaciones militares, no extendiéndose dicho control a la provisión de órdenes instrucciones específicas relativas a determinadas acciones militares, sean ellas contrarias o no al Derecho Internacional Humanitario (42).

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se confrontó nuevamente con el problema de determinar qué criterio era aplicable para determinar el carácter internacional del conflicto, si el del "control general" o el de las "instrucciones específicas", en el caso "Aleksovski".

La cuestión a determinar era si las fuerzas de los Bosnios Croatas (HVO) no siendo agentes oficiales del Gobierno de la República de Croacia podían ser consideradas como actuando como agentes de facto del Estado Croata en los actos motivos del referido procedimiento judicial.

---

(40) Trial of Joseph Kramer and 44 Others British Military Court, Luneberg, 17 September - 17 November 1945, Law Reports of Trials of War Criminals, Selectes and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, London 1947, vol. II, p. 152.

(41) Public Prosecutor v. Menten, 75 International Law Reports, 1987, p. 331.

(42) *Ibid.*, nota 20, parág. 145.

La sala de primera instancia I del Tribunal en decisión de fecha 25 de junio de 1999 determinó que el Fiscal debía demostrar que Croacia había dado un mandato o instrucciones específicas a los Bosnios Croatas con respecto al conflicto en el área del Valle de Lasva (43).

El criterio expuesto fue revertido por la sala de apelación en su decisión de fecha 24 de marzo de 2000, en la cual aplicando el principio *stare decisis* (el cual obliga al Tribunal a acatar su jurisprudencia en casos similares salvo que existan razones convincentes que en razón de la justicia permitan apartarse de ella) aplicó el criterio seguido en la decisión "Tadic" del control general.

Respaldando la decisión expuesta, la sala de apelación agrega que en la medida que el criterio del "control efectivo", al ser un *standard* menos riguroso, implica una mayor protección a los civiles víctimas de un conflicto armado, es absolutamente consistente con el propósito fundamental del Convenio IV de Ginebra de 1949, cual es el "asegurar la protección de los civiles en la máxima extensión posible" (44).

#### *IV.- EL STATUS DE LAS VICTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS INTERNACIONALIZADOS.*

La sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en su decisión de fecha 7 de mayo de 1997, por una mayoría de 2 a 1 determinó que Dusko Tadic no era culpable de los cargos por infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2 del Estatuto) dado que el Fiscal no había probado que las víctimas del conflicto armado en Bosnia-Herzegovina eran "personas protegidas", es decir, personas que se encontraban en manos de una parte en el conflicto o de una potencia ocupante del cual no eran nacionales, no cumpliendo de esta manera con la definición de "personas protegidas" estipulada en el Convenio IV de Ginebra de 1949. Para llegar a la referida conclusión, la sala de primera instancia determinó que la República Federal de Yugoslavia (RFY) no ejercía un control efectivo sobre las fuerzas de los Bosnios Serbios (VRS) después del 19 de mayo de 1992. La Juez McDonald en voto disintió de esta parte de la sentencia, sosteniendo que la VRS actuaba como un agente de la RFY (45).

---

(43) (TPIY) "Prosecutor v. Zlatko Aleksovski", Case N° IT-95-14/1-A, Trial Chamber, parág. 2-17.

(44) (TPIY) "Prosecutor v. Zlatko Aleksovski", Judgment of Appeal Chamber, 24 March 2000, parág. 146.

(45) *Ibid.*, nota 15, parág. 607.

En su sentencia de fecha 15 de julio de 1999, dictada en el caso "Tadić", la sala de apelación revirtió la anterior afirmación, otorgando la calidad de "personas protegidas" del Convenio IV de Ginebra de 1949 a las víctimas de los actos cometidos por el inculpado en la región de Prijedor.

El Tribunal sostiene que la norma del artículo 4 (2) del Convenio IV tiene por objeto proteger a los civiles (en territorio enemigo, territorio ocupado o zona de combate) que no tienen la nacionalidad del beligerante en cuyas manos ellos se encuentran o son apátridas. Además, de acuerdo a los trabajos preparatorios del referido instrumento internacional, la Convención también persigue proteger a aquellos civiles que se encuentran en un territorio ocupado y que teniendo la nacionalidad del Estado en el conflicto en cuyas manos se encuentra, son refugiados y ya no se consideran pertenecientes a dicho Estado y tampoco disfrutan de su protección diplomática. Como ejemplos se señalan los casos de los judíos alemanes que huyeron a Francia antes de 1940 y posteriormente se encontraron en manos de las fuerzas alemanas que ocuparon el territorio francés (46).

De esta manera, el Tribunal afirma que en 1949 el vínculo jurídico de la nacionalidad no fue considerado como un elemento determinante del concepto de "persona protegida" permitiéndose excepciones en casos especiales. Es así como en los casos de refugiados, la falta tanto de lealtad con un Estado como de protección diplomática de éste han sido considerados como más importantes que el vínculo formal de la nacionalidad. Por tanto, en los casos estipulados en el referido artículo 4 (2), además de la nacionalidad, debe tenerse en consideración la existencia o no existencia de protección diplomática. Así nacionales de un Estado neutral o de un Estado co-beligerante no son tratados como "personas protegidas" a menos que ellos sean privados de disfrutar de protección diplomática. En otras palabras, esos nacionales no son "personas protegidas" en tanto ellas se benefician de la protección diplomática de su Estado. Cuando ellos pierden o en cualquier evento no gozan de esta protección, la Convención automáticamente les otorga el carácter de personas protegidas (47).

La importancia de este criterio fundamentado en la existencia de "relaciones substanciales" más que en un criterio formal, se ha acrecentado en los conflictos armados internacionales contemporáneos. En efecto, mientras las antiguas guerras fueron primordialmente entre Estados bien establecidos, en los conflictos armados modernos, como el de Yugoslavia, cuyos orígenes son de carácter étnico, nuevos Estados son a menudo creados, constituyendo la etnicidad más que la

---

(46) *Ibid.*, parág. 164.

(47) *Ibid.*, parág. 165.

nacionalidad el motivo predominante de pertenencia y lealtad a la nueva entidad. En esas condiciones, el requisito de nacionalidad es aún menos adecuado para definir a las "personas protegidas". En tales conflictos, no sólo el texto y los antecedentes de negociación del Convenio IV, sino también y más importante, el objeto y propósito de este instrumento, nos indica que la lealtad a una Parte en el conflicto y, por tanto, el control de esta Parte sobre las personas de un determinado territorio, debe ser considerado el criterio fundamental (48).

De conformidad a dicho criterio, el Tribunal concluyó que si bien los Bosnios Serbios y, en particular, el acusado Dusko Tadic, tenían la nacionalidad de las víctimas (Bosnia-Herzegovina), había sido probado que los Bosnios Serbios actuaron como órganos de facto de otro Estado, la República Federal de Yugoslavia. De esta manera, las condiciones para aplicar el artículo 4 del Convenio IV se encontraban cumplidos: las víctimas debían ser consideradas "personas protegidas" en la medida que ellas se encontraban en manos de las fuerzas armadas de un Estado del cual no eran nacionales (49).

Aún más, el Tribunal considera que si de las circunstancias del caso, los perpetradores y las víctimas deben ser consideradas de la misma nacionalidad, el referido artículo 4 sería igualmente aplicable. En efecto, las víctimas no deben fidelidad y no han recibido la protección diplomática del Estado (RFY) en cuyo nombre las fuerzas Bosnio Serbias han combatido (50).

Por otra parte, la sentencia de la sala de apelación en el caso "Alesovski" revirtió la decisión de la sala de primera instancia que determinó que el status de "personas protegidas" no era aplicable dado que las víctimas, Bosnios musulmanes, tenían la misma nacionalidad (Bosnia-Herzegovina) que sus captores.

Adoptando lo sostenido por la Fiscalía, el Tribunal declara que estando determinado que el conflicto tiene carácter internacional, se sigue que las víctimas Bosnios musulmanes se encontraban en manos de una parte en el conflicto, Croacia, del cual ellos no eran nacionales y, por tanto, el artículo 4 del Convenio IV de Ginebra era aplicable (51).

Asimismo, el Tribunal también confirma lo determinado en la sentencia del caso "Tadic" de que en ciertas circunstancias, al artículo 4 se le debe dar una interpretación amplia que implique que a una per-

---

(48) Ibid., parág. 166.

(49) Ibid., parág. 167.

(50) Ibid., parág. 169.

(51) Ibid., nota 44, parágs. 150-151.

sona le sea acordado el status de "persona protegida", sin perjuicio del hecho de que sea de la misma nacionalidad del captor, lo que es concordante con el objeto y propósito de la Convención IV de Ginebra y es particularmente aplicable en el contexto de los conflictos inter-étnicos de hoy en día (52).

#### V.- CONCLUSIONES.

Uno de los aspectos mas sobresalientes de los conflictos armados contemporáneos, es su carácter mixto, es decir, el participar tanto de las características de un conflicto armado interno, como de un conflicto armado internacional.

La complejidad de este tipo de conflictos armados, *a prima facie* internos, se traduce, en muchos casos, en una incertidumbre acerca de las normas del Derecho Internacional Humanitario aplicables.

En este sentido, aparecen relevantes, los desarrollos que en la materia, ha implicado la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, la cual con un enfoque teleológico, ha elaborado criterios, cuyo objeto responde a dar una máxima protección a las víctimas de este tipo de conflictos.

En efecto, con el enfoque expuesto, dicho Tribunal recurriendo a los principios y normas declaradas por la Comisión de Derecho Internacional en materia de Responsabilidad Internacional de los Estados, ha adoptado, un standard menos riguroso ("control general"), que el sostenido en el fallo de la Corte Internacional de Justicia, en el caso "Nicaragua" ("instrucciones específicas"), a fin de asimilar la acción de grupos insurgentes militarizados y organizados jerárquicamente, no pertenecientes a la estructura de un Estado según su derecho interno, a la calidad de agentes *de facto* de dicho Estado, en cuyo beneficio o a cuyo nombre actúan.

Finalmente, el referido Tribunal Internacional, también siguiendo el enfoque teleológico descrito, a fin de otorgar a las víctimas, la calidad de "personas protegidas" de conformidad con las normas del Convenio IV de Ginebra de 1949, ha aceptado como criterio determinante, en conflictos de las características del que afectó a la ex Yugoslavia, el factor étnico y no un mero vínculo formal de la nacionalidad, desprovisto de elementos como la lealtad y sentido de pertenencia a un Estado y el no disfrute de la protección diplomática de esa entidad.

---

(52) *Ibid.*, parág. 152.

ACTUALIZACION DE LAS NORMAS REFERENTES A  
LA LIMITACION DE LOS MEDIOS Y METODOS DE COMBATE

por Vcom. ARMANDO A. BONADEO

El engañoso tema de la presente es la **"Actualización de las normas referentes a la limitación de los medios y métodos de combate"**. Digo "engañoso" porque —en una acción no páfida (y por lo tanto admitida por el DICA)— el enunciado simula inocentemente constituir una única cuestión, cuando en realidad son dos los temas que abarca. Ello es así porque no podríamos, sin detrimento de la integridad de nuestro temario, abocarnos a **"la actualización"**, sin aludir previa y por lo menos sumariamente a aquellas normas antiguas o clásicas objeto de tal actualización.

De tal modo comenzaremos por enunciar y citar brevemente el contenido de aquellas NORMAS CLASICAS O ANTIGUAS REFERENTES A LA LIMITACION DE LOS MEDIOS Y METODOS DE COMBATE y de las que luego abordaremos su actualización.

Al respecto, una primera apreciación que debemos realizar es aquella que recuerda que si bien hoy día el Derecho Internacional Humanitario es un único, enorme e integral plexo de normas jurídicas con principios propios, ha reconocido dos vertientes en su evolución: la del Derecho Ginebra inspirado en la protección de las víctimas de los conflictos armados y la del Derecho de La Haya dirigido a la limitación de los medios y métodos de combate.

Es de afirmar entonces que el tema que nos aboca se ha generado en el ámbito del Derecho de La Haya y por aplicación de uno de sus fundamentales principios: EL PRINCIPIO DE LIMITACION, palabra que precisamente también figura en el enunciado de esta exposición.

Sentado ello es de destacar que en orden cronológico se cita como primer instrumento del Derecho de La Haya a LA CONVENCION DE DERECHO MARITIMO DE PARIS DEL 16 DE ABRIL DE 1856. Ciertamente es una convención que impone limitaciones a la Guerra Naval en cuanto declara abolido el CORSO y ampara a la mercadería neutral aunque se encuentra bajo pabellón enemigo y a la mercadería enemiga cuando se encuentra bajo pabellón neutral, en ambos casos salvo que se tratase de contrabando de guerra. Asimismo declara que el bloqueo

para ser obligatorio debe ser efectivo, es decir, manteniendo una fuerza suficiente que interdicte el acceso al litoral enemigo.

No obstante la prelación cronológica citada, es al segundo instrumento jurídico de esta rama al que se le atribuye generalmente contenido de fondo en lo atinente a establecer límites a los medios y métodos de combate. Tal es la DECLARACION DE SAN PETERSBURGO del 29 de noviembre de 1868. Es esta declaración la que a mi juicio contiene sustancia propia de esta rama y sienta el principio en el tema que estamos analizando.

En aquella oportunidad a propuesta del Gabinete Imperial de Rusia se reunió una Comisión Militar Internacional para considerar la conveniencia de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra. Tal comisión FIJO LOS LIMITES TECNICOS EN QUE DEBEN DETENERSE LAS NECESIDADES DE LA GUERRA ANTE LAS EXIGENCIAS DE LA HUMANIDAD y declaró:

- Que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra.

- 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 el mayor número posible de hombres.

- QUE ESTA FINALIDAD QUEDARIA SOBREPASADA POR EL EMPLEO DE ARMAS QUE AGRAVARIAN INUTILMENTE LOS SUFRIMIENTOS DE LOS HOMBRES PUESTOS FUERA DE COMBATE, O BIEN HARIAN QUE SU MUERTE FUESE INEVITABLE.

- Que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, **contrario a las leyes de la humanidad** y finalizaron comprometiéndose a:

RENUNCIAR MUTUAMENTE EN CASO DE GUERRA ENTRE ELLAS, AL EMPLEO POR SUS TROPAS DE TIERRA O DE MAR DE CUALQUIER PROYECTIL CUYO PESO SEA INFERIOR A 400 GRAMOS Y QUE SEA EXPLOSIVO, O QUE ESTE CARGADO CON MATERIAS EXPLOSIVAS O INFLAMABLES.

Es evidente lo que aquellos militares, en tal circunstancia histórica y de la evolución de la tecnología armamentista, interpretaron como que **"sobrepasaban la finalidad militar"**, resultando consecuentemente transparente y armónica la interdicción que impusieron a los proyectiles menores de los 400 gramos.

Luego debemos citar a la Primera Conferencia Internacional de la Paz de La Haya de 1899 en cuyo Reglamento anexo a la Convención relativa a LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA TERRESTRE, se declara enfáticamente que "**LOS BELIGERANTES NO TIENEN UN DERECHO ILIMITADO EN CUANTO A LA ELECCION DE LOS MEDIOS DE PERJUDICAR AL ENEMIGO**".

Es aquí enunciado expresamente el principio de **LIMITACION**, que como ya dijimos es uno de los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario y particularmente de la rama de La Haya.

En consonancia con tal principio emiten la DECLARACION referida A LA PROHIBICION DEL EMPLEO DE BALAS QUE SE ENSANCHAN O APLASTAN FACILMENTE EN EL CUERPO HUMANO, TALES COMO LAS BALAS DE ENVOLTURA DURA, LA CUAL NO CUBRIESE ENTERRAMENTE EL NUCLEO O ESTUVIERA PROVISTA DE INCISIONES (comúnmente conocidas como balas dum-dum).

Adviértase la coherencia entre sendos acontecimientos tanto en el razonamiento cuanto en lo específicamente dispositivo.

La Segunda Conferencia Internacional de La Paz de La Haya de 1907 en el Reglamento anexo a la IV Convención relativa a LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA, **reitera el principio de la limitación de los derechos de los beligerantes en la elección de los medios** de perjudicar al enemigo y como lógica consecuencia de ello prohíbe el empleo de veneno, de armas envenenadas, de dardos encendidos, etc. y esencialmente **EMPLEAR ARMAS, PROYECTILES O MATERIAS PROPIAS PARA CAUSAR MALES INNECESARIOS**.

Como vemos se introduce aquí lo concerniente a la prohibición de aquello que pueda causar males innecesarios. Debiéramos retener este concepto pues tiene gran actualidad y se volverá brevemente sobre el mismo en las postrimerías de la presente.

También trae la Conferencia LA CONVENCION RELATIVA A LA COLOCACION DE MINAS SUBMARINAS AUTOMATICAS DE CONTACTO.

Posteriormente podemos citar al Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de Ginebra del 17 de junio de 1925.

Huelga decir que cada trazo de este Protocolo evidencia y recuerda las prácticas llevadas a cabo al respecto durante la primera gran conflagración bélica.

Es del caso citar aquí la Convención que forma parte de la Resolución 31/72 de la Asamblea General de la ONU del 10 de diciembre de

1976 SOBRE LA PROHIBICION DE UTILIZAR TECNICAS DE MODIFICACION AMBIENTAL CON FINES MILITARES U OTROS FINES HOSTILES, mereciendo destacarse que a diferencia de otros instrumentos internacionales que prohíben ataques al medio ambiente natural (por ej. Protocolo I de 1977, art. 35) aquí lo vedado es valerse del medio ambiente natural y variándolo, modificándolo, alterándolo, etc. con diferentes técnicas, utilizarlo con fines hostiles o militares.

Luego ya tenemos al PROTOCOLO I DE 1977 ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 con la clara reiteración del ya enunciado principio de limitación —en su art. 35— en cuanto a que **EL DERECHO DE LAS PARTES EN CONFLICTO A ELEGIR LOS METODOS O MEDIOS DE HACER LA GUERRA NO ES ILIMITADO.**

El Protocolo también prohíbe el empleo de armas, proyectiles, maderas y métodos de hacer la guerra de tal indole que CAUSEN MALES SUPERFLUOS O SUFRIMIENTOS INNECESARIOS.

Percíbese la evolución desde los "males innecesarios" en 1907 a los **"MALES SUPERFLUOS O SUFRIMIENTOS INNECESARIOS"** de 1977 y sobre los cuales, reitero, volveremos postreramente.

El Protocolo también veda el empleo de aquellos métodos 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.

El Protocolo trae igualmente incorporado otro de los principios fundamentales de este Derecho. Tal es el principio de DISTINCION y pone a disposición del militar un elemento de vital importancia para el desarrollo de su tarea. Efectivamente, en su art. 52 incorpora la definición de OBJETIVO MILITAR, ilustrándonos que respecto a los bienes los objetivos militares se limitan a **"aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida"**. Claro está que respecto a las personas los objetivos militares son sólo los combatientes.

Debiendo dirigirse los ataques únicamente contra objetivos militares, debía necesariamente prohibirse los ataques que contrastaban con tal precepto, especificándose que los mismos son INDISCRIMINADOS. Se entiende por tales, aquellos que no están dirigidos contra un OBJETIVO MILITAR concreto o los que emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto (como por ejemplo el bombardeo alfombra o bombardeo por saturación) o los que emplean medios o métodos de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el Protocolo.

Es decir, en síntesis, todos aquellos medios o métodos de combate que si bien pueden batir un objetivo militar también pueden alcanzar instalaciones en las cuales hay concentración importante de la población civil, personas civiles y bienes civiles.

Seguidamente podemos citar la CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1980 SOBRE PROHIBICIONES O RESTRICCIONES DEL EMPLEO DE CIERTAS ARMAS CONVENCIONALES QUE PUEDAN CONSIDERARSE EXCESIVAMENTE NOCIVAS O DE EFECTOS INDISCRIMINADOS DE 1980 (vigente para la República Argentina desde el 2 de octubre de 1995).

Desde ya deseo advertir que para la determinación del ámbito de aplicación material de esta convención se efectúa el reenvío a lo establecido en el art. 2º común a los cuatro (4) Convenios de Ginebra de 1949 y a su Protocolo I de 1977 adicional a aquéllos. Es decir, que únicamente será de aplicación a los casos de guerra declarada, conflicto armado internacional o cuando los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o los regímenes racistas.

Ello es de importancia porque ya veremos que al ser enmendado uno de sus Protocolos se amplía tal ámbito.

Tal convención tiene los conocidos tres Protocolos, a saber:

- PROTOCOLO I: SOBRE FRAGMENTOS NO LOCALIZABLES que prohíbe emplear cualquier arma cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano.

- PROTOCOLO II: SOBRE PROHIBICIONES O RESTRICCIONES DEL EMPLEO DE MINAS, ARMAS TRAMPA Y OTROS ARTEFACTOS que ha sido enmendado posteriormente y cuyo análisis realizaremos en la oportunidad de dedicarnos a la enmienda.

- PROTOCOLO III: SOBRE PROHIBICIONES O RESTRICCIONES DEL EMPLEO DE ARMAS INCENDIARIAS, el que en su parte pertinente a las definiciones establece que se entiende por armas incendiarias a toda arma o munición concebida primordialmente para incendiar objetos o causar quemaduras a las personas mediante la acción de las llamas, del calor o de una combinación de ambos, producidos por la reacción química de una sustancia que alcanza el blanco. De tales armas se prohíbe su utilización contra la población civil, personas civiles o bienes de carácter civil O CONTRA OBJETIVOS MILITARES UBICADOS DENTRO DE CONCENTRACIONES DE PERSONAS CIVILES.

Y LA RESOLUCION SOBRE LOS SISTEMAS DE ARMAS DE PEQUEÑO CALIBRE. Esta resolución muy poco conocida y aludida la incorporo en la cita porque a mi juicio la misma contribuyó en buena medida en el inicio de los estudios y simposios sobre la BALISTICA DE LA HERIDA, que luego generaron nuevos proyectos de convenios.

A mi juicio éstas son las normas antiguas o clásicas referentes a la limitación de los medios y métodos de combate. Pasaremos seguidamente al análisis de la actualización de estas normas.

A los efectos de acotar el desarrollo de la exposición, me dedicaré únicamente al tratamiento de las siguientes normas que considero son actualizaciones de las precitadas.

- DECLARACION DE MENDOZA DE 1991.
- CONVENCION SOBRE LA PROHIBICION DEL DESARROLLO, LA PRODUCCION, EL ALMACENAMIENTO Y EL EMPLEO DE ARMAS QUIMICAS Y SOBRE SU DESTRUCCION, de París del 13 de enero de 1993.
- PROTOCOLO II DE 1980 SOBRE MINAS, ARMAS TRAMPA Y OTROS ARTEFACTOS, ENMENDADO EL 3 DE MAYO DE 1996 y ratificado por la República Argentina por ley 24.974 del 20 de mayo de 1998.
- PROTOCOLO IV SOBRE ARMAS LASER INCORPORADO A LA CONVENCION DE 1980 el 13 de octubre de 1995 y ratificado por la República Argentina por la misma ley 24.974 citada recientemente.
- EL TRATADO DE OTAWA DE 1997 en vigor desde el 1 de marzo de 1999, ratificado por la República Argentina por ley 25.112 y en vigencia en nuestro país desde el 14 de septiembre de 1999.
- EL BOLETIN DEL SECRETARIO GENERAL DEL 06/08/99.
- PROYECTO SIRUS.

La declaración de Mendoza de 1991 ha sido debidamente difundida y conocida no sólo por la circunstancia de haberse celebrado en nuestra patria, sino por el hecho trascendental de los países que la pronunciaron. Ciertamente ha sido de primordial importancia que los Estados participantes compartan el extremo sur del continente americano y que varios de ellos a su vez se encuentren empeñados en un laborioso proyecto de integración regional.

Por tal declaración (en orden alfabético) ARGENTINA, BOLIVIA, BRASIL, CHILE, PARAGUAY y URUGUAY podría decirse que se han comprometido a liberar a toda esta dilatada área geográfica de la cruel amenaza de las armas químicas, calificadas reiteradamente en distintos recintos nacionales e internacionales como de crueles, inhumanas o abominables y contra las cuales, empero (para aquella oportunidad), poco se había plasmado en el marco de las realizaciones. Es de aplau-

dir el precedente sentado por los países de la región y que resultó ser el augurio de lo que comentaremos seguidamente.

La Convención SOBRE LA PROHIBICION DEL DESARROLLO, LA PRODUCCION, EL ALMACENAMIENTO Y EL EMPLEO DE ARMAS QUIMICAS Y SOBRE SU DESTRUCCION de París del 13 de enero de 1993, es de aquellas que podríamos denominar integrales, en el sentido que no agota su cometido con vedar el empleo de tales armas, sino que en su texto se esmera en fulminar todo el circuito económico que precede a su uso y sin lo cual la experiencia indica que vano resulta condenar el empleo.

Con terminología clara y mandatoria se prohíbe expresamente respecto de las armas químicas su desarrollo, producción, adquisición por cualquier otro modo, almacenamiento, conservación, transferencia directa o indirecta, alentar a otros Estados a ello, etcétera. Por supuesto su uso o cualquier preparativo militar tendiente a ello.

No sólo eso sino que los Estados Parte se comprometen a destruir todas las existencias de tales armas que tengan en propiedad o posesión que se encuentren en territorios bajo su jurisdicción o control, como asimismo aquellas que hubiesen dejado abandonadas en territorios de otros Estados.

Pero hay más aún: Los Estados Parte se comprometen a destruir toda instalación de producción de armas químicas de que tenga propiedad o posesión o que se encuentre en cualquier lugar bajo su jurisdicción.

Define a las "armas químicas" como aquellas sustancias químicas tóxicas o sus precursores o las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias que especifica que libere el empleo de esas municiones o dispositivos o cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos aludidos recientemente.

Referente al PROTOCOLO II de 1980 ENMENDADO en 1996 y como ya lo anticipamos, debemos puntualizar que trae una ampliación respecto al ámbito de su aplicación material, pues el mismo se amplía para los conflictos armados a que alude el art. 3º común a los cuatro (4) convenios, es decir, incorpora como supuesto de aplicación a los conflictos armados internos que posean la intensidad que entendemos es presupuesto para su aplicación, excluyendo expresamente a las situaciones de tensiones internas o de disturbios interiores, es decir, los que no son conflictos armados, siguiendo el mismo criterio del P. I.

Este Protocolo contempla la utilización de LAS MINAS, LAS ARMAS TRAMPAS Y OTROS ARTEFACTOS.

Define a la "mina" como "TODA MUNICION COLOCADA DEBAJO, SOBRE O CERCA DE LA SUPERFICIE DEL TERRENO U OTRA SUPERFICIE CUALQUIERA Y CONCEBIDA PARA EXPLOSIONAR POR LA PRESENCIA, LA PROXIMIDAD, O EL CONTACTO DE UNA PERSONA O DE UN VEHICULO".

La misma definición efectúa el conocido distingo entre minas anti-personal y minas antivehículo, antecarro, antitanque.

De ellas en esta instancia sólo nos interesa lo concerniente a la mina ANTIVEHICULO O ANTECARRO pues referente a la mina ANTI-PERSONAL este Protocolo ha sido vaciado de su contenido por el TRATADO DE OTAWA de 1997. Aquella ciertamente constituye un arma no prohibida, debiendo empero, extremarse los recaudos para que las mismas ataquen únicamente objetivos militares disponiéndose ellas de tal modo que se encuentren exentos de sus efectos, las personas civiles, la población civil o los bienes civiles.

Por "ARMA TRAMPA" se entiende todo artefacto o material concebido, construido o adaptado para matar o herir, y que funcione inespereadamente cuando una persona mueva un objeto al parecer inofensivo, se aproxime a él o realice un acto que al parecer no entrañe riesgo alguno.

Por "OTROS ARTEFACTOS" se entiende las municiones y artefactos colocados manualmente, incluidos los artefactos explosivos improvisados que estén concebidos para matar, herir o causar daños y que sean accionados manualmente, por control remoto o de manera automática con efecto retardado.

Así acotado el Protocolo sólo se aplica a las MINAS ANTIVEHICULO, ARMAS TRAMPAS Y OTROS ARTEFACTOS y la prohibición también reside en que el empleo de los mismos no cause MALES SUPERFLUOS O SUFRIMIENTOS INNECESARIOS.

Queda prohibido el empleo de tales elementos como ataque o defensa o de represalia contra la población civil, personas civiles o bienes civiles.

Queda prohibido el empleo INDISCRIMINADO, es decir, el que no está dirigido contra un objetivo militar concreto o ubicándolas en cualquier lugar.

El PROTOCOLO IV anexo a la convención de 1980 en 1995 constituye un caso realmente novedoso. Efectivamente, con toda razón se afirma permanentemente que los hechos aventajan, se anticipan, al derecho o mejor dicho que el Derecho siempre corre detrás de los hechos sin por ello alcanzarlo en alguna oportunidad.

Pues bien, éste es un caso en el que se desvirtúa tal aserto pues se ha plasmado en un Protocolo la prohibición de un tipo de arma, en forma previa a su efectiva utilización. Es decir, se la ha prohibido sin que se constatará en los hechos si realmente por sus efectos es abominable, cruel, inhumana, etcétera.

Este Protocolo PROHIBE EMPLEAR ARMAS LASER ESPECIFICAMENTE CONCEBIDAS, COMO UNICA O UNA MAS DE SUS FUNCIONES DE COMBATE, PARA CAUSAR CEGUERA PERMANENTE A LA VISTA NO AMPLIFICADA. ES DECIR, AL OJO DESCUBIERTO O AL OJO PROVISTO DE DISPOSITIVOS CORRECTORES DE LA VISTA.

Los Estados se obligan, además, a no transferir este tipo de armas a ningún otro Estado ni a ninguna otra entidad que no tenga tal carácter.

La prohibición no alcanza a la ceguera como resultado fortuito o secundario del empleo legítimo con fines militares de sistemas láser, incluido el sistema láser utilizado contra equipo óptico.

Por CEGUERA PERMANENTE se entiende una pérdida irreversible y no corregible de la vista que sea gravemente discapacitante y sin perspectivas de recuperación.

La discapacidad grave equivale a una agudeza visual inferior a 20/200 en ambos ojos medidas según la prueba de Snellen.

#### *EL TRATADO DE OTAWA DE 1997*

El tratado de OTAWA DE 1997 al igual que la Convención de París de 1993 participa de la categoría de "integrales" y es absolutamente único en cuanto a la actitud que adopta respecto de las minas antipersonal.

Efectivamente, a diferencia de sus predecesores en el tema que se limitaban a prohibir el uso de determinado armamento, dejando intacto todo el proceso de la fabricación del elemento, aquí respecto a la mina se establece:

- PONER TERMINO AL EMPLEO: Todo Estado que se haga PARTE en el tratado se compromete a NUNCA Y BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA EMPLEAR MINAS ANTIPERSONAL. Esto incluye todas las situaciones de conflicto armado, sea entre países, es decir, conflicto armado internacional, sea conflicto interno, disturbios de menor intensidad. Pero, además, también está prohibido el empleo de la mina en EPOCA DE PAZ. Es decir, la mina se ha convertido en un arma absolutamente ilícita en toda circunstancia y en cualquier situación.

- PROHIBICION DEL DESARROLLO Y FABRICACION: El tratado prohíbe el desarrollo como igualmente la producción de minas antipersonal. Es decir, no se puede fabricar ni realizar proyecto alguno de desarrollo de nuevas minas o de mejoramiento de las existentes.

- PROHIBICION DEL ALMACENAMIENTO: Además del empleo, desarrollo y producción se prohíbe igualmente que un Estado ALMACENE minas antipersonal.

- PROHIBICION DE ADQUIRIRLAS Y DE PROPORCIONARLAS: Un país no debe adquirirlas de cualquier modo y a cualquier título e igualmente del mismo modo tampoco puede proporcionarlas.

- PROHIBICION DE LA TRANSFERENCIA: Un país no está autorizado sea en forma directa, indirecta, por triangulación o de cualquier otro modo a transferir sus existencias de minas o a obtenerlas de ese modo.

Desde una visión estrictamente jurídica podríamos afirmar que conforme a tal Tratado actualmente las minas se han constituido en un bien fuera del comercio.

Pero hay más aún: El tratado también se ocupa de imponer la OBLIGACION DE DESTRUCCION de las minas, estableciendo el compromiso de los Estados de destruir en el término de cuatro (4) años de la entrada en vigencia del mismo para cada Estado, todas las existencias de minas en su poder o almacenaje. Asimismo la destrucción de las minas en zonas o campos minados que los Estados se comprometen a destruir o a asegurar su destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control, lo antes posible o a más tardar en un plazo de 10 años. Puede solicitarse PRORROGA de tal plazo en el supuesto de imposibilidad de cumplimiento y puede solicitarse ayuda, asistencia para la destrucción.

Igualmente el tratado no olvida a las personas que ya han padecido los efectos de las minas y se ocupan de la suerte de las mismas a través de la ASISTENCIA A LAS VICTIMAS y respecto a los Estados trata de facilitar el cumplimiento de sus previsiones mediante LAS MEDIDAS DE COOPERACION Y ASISTENCIA INTERNACIONALES, LAS MEDIDAS DE TRANSPARENCIA, LA FACILITACION Y ACLARACION DE CUMPLIMIENTO.

Está previsto en el Tratado la realización de diversas reuniones entre los Estados por diferentes motivos. Así por ejemplo la REUNION ANUAL de la cual ya se realizó la primera en MAPUTO en el año 1999.

Las REUNIONES EXTRAORDINARIAS DE LOS ESTADOS PARTE, como una medida excepcional y para analizar un problema específico debido a un incumplimiento, la CONFERENCIA DE EXAMEN que se realizará a partir de 2004 y la CONFERENCIA DE ENMIENDA, cuyo nombre lo indica para efectuar enmiendas al tratado. Como puede verse se pretende que los Estados tengan activa y permanente participación y atención en los temas del tratado de Otawa, impidiendo de tal modo que se olviden o relativicen sus disposiciones.

*EL BOLETIN DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES  
UNIDAS DE FECHA 6 DE AGOSTO DE 1999*

El mismo es de una enorme importancia pues mucho se ha hablado y escrito sobre la aplicación del DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO por parte de las tropas de LAS NACIONES UNIDAS, ya sea como combatientes en los términos del Capítulo VII de la CARTA, como asimismo realizando OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ (OMP), pero no se había avanzado más allá de declarar que tales tropas debían aplicar los principios del Derecho Internacional Humanitario.

Con el aludido Boletín, el Secretario General además de sortear problemas de orden jurídico y político de la ONU en lo concerniente a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario por parte de sus fuerzas, aborda específicamente en su Sección VI a los medios y métodos de combate, estableciendo en lo sustancial que prácticamente todas las normas que hemos enunciado deben ser contempladas por tales fuerzas, sea que se encuentren realizando una Operación de Mantenimiento de la Paz (OMP) del Capítulo VI (o VI Y MEDIO como vulgarmente también suele conocerse) o una Medida de Seguridad Colectiva en los términos del Capítulo VII de la Carta.

PROYECTO SIRUS o en español PROYECTO MSoSI. Conforme a lo ya anticipado y concluyendo ya esta exposición vamos a retornar sobre los términos MALES SUPERFLUOS o SUFRIMIENTOS INNECESARIOS.

Claro está que se encuentra prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios que (volviendo a San Petersburgo) sobrepasen la ventaja militar de su empleo.

Si bien existe una idea de lo que significan tales males superfluos o sufrimientos innecesarios, cierto es que la misma resulta aproximada, plena de vaguedades y sujeta a subjetivas interpretaciones, habida cuenta de la carencia de una definición universalmente admitida que precise tales términos para así determinar cuáles armas los producen.

Concretamente, tal es la pretensión del proyecto SIRUS (o en español MSoSI), es decir, "determinar qué armas causan males superfluos o sufrimientos innecesarios".

Lo que se propone con tal proyecto es cambiar radicalmente la óptica que se ha tenido hasta el presente. Es decir, más que prohibir la índole, el tipo o la tecnología de las armas (puntos en los que hacían hincapié las convenciones anteriores) el proyecto propone actualmente considerar primordialmente el efecto de tales armas en las víctimas. Así se dice que en 1868 y 1899 en lugar de efectuar las prohibiciones que ya hemos visto se debería haber prohibido las balas que causen grandes heridas a las personas. A su turno en vez de prohibir el arma láser según lo establece el IV PROTOCOLO agregado a la Convención de 1980 en 1995, debería haberse prohibido las armas (no sólo la láser) que causan ceguera intencionalmente.

Propician tal proyecto expertos en armas, medicina y derecho pero básicamente parten del efecto que clínicamente produce el arma en la víctima. Tales profesionales primeramente recabaron datos relativos a los efectos de las armas convencionales, seguidamente se basaron en éstos para examinar los efectos de todas las armas y por último elaboraron cuatro criterios mediante los cuales se hace una distinción objetiva de lo que son y de lo que no son los efectos de las armas convencionales y proponen esos criterios como base para determinar qué efectos de las armas son "males superfluos o sufrimientos innecesarios".

A mi juicio no han concluido aún los estudios para tener por "acabado" el proyecto y será menester no sólo profundizar los actuales sino realizar nuevos y mas amplios para tener mayores precisiones sobre la nueva óptica propiciada. De todos modos es loable el propósito, constituye un aporte más que contribuye en la evolución de este Derecho, que como vemos, es de una palpitante actualidad, que la realidad diaria nos muestra complejos supuestos de su aplicación que exigen un mejor y más profundo conocimiento del mismo y un permanente intercambio de ideas entre los involucrados en la temática. Por eso me pareció conveniente citarlo y además para brindar debida cobertura probatoria al primer término del tema que nos convoca, esto es **"ACTUALIZACION"**.

EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y EL  
ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL  
DE CARÁCTER PERMANENTE

por GABRIEL PABLO VALLADARES (\*)

*Introducción*

El 17 de julio de 1998 la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre la Creación de un Tribunal Penal Internacional* adoptó el texto de un Estatuto para que una jurisdicción penal internacional de carácter permanente pueda materializarse en el futuro. El *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (en adelante el Estatuto) dispone que la Corte tendrá competencia sobre los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y crimen de agresión. El tiempo que llevará establecer esta Corte, está íntimamente vinculado con la rapidez en que los Estados manifiesten su consentimiento en obligarse por el Estatuto citado (1).

La idea de establecer un tribunal similar al del Estatuto de Roma es un viejo anhelo de la Comunidad Internacional. Sin embargo, es recién después del final de la *Segunda Guerra Mundial*, cuando esta idea se hace vigorosa, especialmente, en el seno de la *Organización de las Naciones Unidas*.

Repasando la historia, rescatamos que el primer proyecto que creó un vínculo entre las violaciones de un tratado humanitario —*Convenio de Ginebra de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña*— y una sanción penal por parte de una jurisdicción internacional de carácter permanente, fue redactado por Gustave Moynier, cofundador del *Comité Internacional de la*

---

(\*) *Asesor Jurídico de la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay. Las opiniones del autor no representan necesariamente los puntos de vista oficiales del CICR.*

(1) Para que la Corte Penal Internacional pueda constituirse se necesitan 60 ratificaciones de su Estatuto. Al 25 de octubre de 2000, 22 Estados han ratificado el Estatuto y 115 lo han firmado.

*Cruz Roja* (en adelante CICR) y Presidente de la Institución entre los años 1864 y 1910. Como muchos proyectos elaborados durante el siglo XX, el desarrollado por Moynier a fines del siglo XIX, nunca se materializó.

El CICR no estuvo ajeno al proceso que culminó con la adopción del Estatuto. Durante las negociaciones llevadas a cabo en Nueva York y en Roma, el CICR ha estado estrechamente vinculado con las cuestiones directamente relacionadas con su cometido en su condición de experto y de guardián del derecho internacional humanitario. En la actualidad continúa colaborando con los Estados en las reuniones de los grupos de trabajo sobre los elementos del crimen y las cuestiones de procedimiento y prueba de la *Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional*.

El presente trabajo intenta reseñar algunos de los temas que han interesado al CICR desde que se inició el proceso de adopción de un Estatuto para el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Comenzamos por preguntarnos qué moviliza a esta Institución a preocuparse por esta cuestión, para seguidamente abordar desde una óptica comparativa los temas que al CICR preocupaban antes de la adopción del Estatuto y su texto. También tratamos un tema de especial importancia para el CICR y que lo hace peculiar frente al resto de los actores humanitarios en el ámbito internacional; su herramienta básica de trabajo para cumplir con el cometido que los Estados le han encomendado: la cuestión de la regla de confidencialidad de la Organización. Por último, comentamos las expectativas del CICR sobre el futuro, basadas en su convencimiento de que el establecimiento de una Corte Penal Internacional es un acontecimiento lleno de esperanza para mejorar la protección de las víctimas de los conflictos armados.

### *1. El CICR, su cometido de guardián del DIH y la creación de una Corte Penal Internacional para la represión de los crímenes de guerra*

¿Qué motiva al CICR, organización humanitaria independiente, imparcial y neutral, cuya finalidad es trabajar para la asistencia y la protección de las víctimas de los conflictos armados y de la violencia interna, a colaborar con los Estados en el establecimiento de una Corte Penal Internacional?

Si bien el principal objetivo del CICR es trabajar para la protección y asistencia de las víctimas de los conflictos armados —sean éstos de carácter internacional o no internacional— y de las situaciones de violencia interna, procurando en todo tiempo y lugar morigerar el sufrí-

miento de las personas, es necesario comprender que para llevar a cabo dichas actividades en el terreno, la Institución debe desarrollar múltiples tareas, previo y durante los conflictos, en áreas muy diferentes, que van desde la formación y promoción del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), hasta la "diplomacia humanitaria".

El CICR tiene el cometido que le han asignado los Estados Partes en los *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y en sus Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977*, por los que está comprometido en conseguir un respeto eficaz del DIH, por todos aquellos que tienen el deber de aplicarlo. Es decir que, entre otras cosas, el CICR procura cumplir con su cometido, persuadiendo a los actores armados en un conflicto para que respeten las normas del DIH. Asimismo se ocupa de su promoción.

Por otra parte, ayuda a los Estados principalmente por medio de su *Servicio de Asesoramiento de Derecho Internacional Humanitario* (2), para que implementen a nivel nacional medidas de aplicación del DIH, según lo establecido en los Convenios pertinentes.

---

(2) En la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, reunida en Ginebra en el año 1995, se recordó la importancia de la aplicación en el ámbito nacional del DIH. Mediante la aprobación de las recomendaciones del grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra, se puso de relieve la imperiosa necesidad de que los Estados adoptaran medidas legislativas internas y reglamentarias de aplicación del DIH. Con tal motivo, el CICR instituyó el Servicio de Asesoramiento de Derecho Internacional Humanitario a fin de reforzar su apoyo a los Estados comprometidos en la aplicación de este derecho en el ámbito nacional. El objetivo del Servicio de asesoramiento es obtener la más amplia participación de los Estados en los Tratados de DIH y ayudarles a dotarse de un sistema jurídico y reglamentario conforme a las exigencias de esos instrumentos internacionales y propicio para su eficaz aplicación. Para ello, apoyan las gestiones de las autoridades en dicho ámbito y les ofrecen asistencia técnica, tras solicitud o por iniciativa propia. En ambos casos, trabajan en estrecha colaboración con los gobiernos, teniendo presente, al mismo tiempo, los requerimientos específicos y los respectivos sistemas políticos y jurídicos. Esta asistencia técnica se refiere particularmente a los siguientes ámbitos: 1) Promoción de los tratados de DIH para consolidar su universalidad y asistencia a las autoridades en el proceso de ratificación y/o adhesión. 2) Traducción de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977 a los idiomas nacionales. 3) Incorporación según el caso, del DIH en el derecho nacional. 4) Adopción de las medidas legislativas pertinentes para garantizar la represión de los crímenes de guerra y de otras violaciones del DIH. 5) Adopción de las leyes apropiadas para garantizar el respeto de los emblemas protectores. 6) Integración de la enseñanza del DIH en los programas oficiales. 7) Establecimiento de comisiones u organismos nacionales para la aplicación del DIH.

Este papel que el CICR desempeña en esta área, quizás no es tan conocido como sus actividades sobre el terreno: ser el "guardián" (3) del DIH aplicable en los conflictos armados, cometido que los Estados le han confiado de manera formal en los *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y en sus Protocolos Adicionales I y II de 1977* (4).

Presente en el campo de batalla, el CICR ha procurado constantemente adaptar su acción a las nuevas realidades de los conflictos armados. También, ha dado cuenta de los problemas que encontraba en el terreno, formulando propuestas concretas con miras a mejorar el

---

(3) Conf. Yves Sandoz, Director de la División Jurídica del CICR hasta 1999, en "El CICR: guardián del Derecho Internacional Humanitario", CICR, Ginebra 1998, p. 4:

"No es fácil identificar y presentar de manera cartesiana y en una secuencia lógica los diferentes aspectos de este cometido, tanto más cuanto que hay superposiciones de algunas de sus funciones. Arriesguémonos, no obstante, a hacer una clasificación. Se pueden distinguir:

la función de "vigía", o sea, el examen constante de la adecuación de las normas humanitarias a las realidades de las situaciones de conflicto, a fin de preparar su adaptación y su desarrollo;

la función de "animación", o sea, la de instar, en particular en el marco de grupos de expertos, gubernamentales o no, a la reflexión sobre los problemas encontrados y sobre las soluciones que hay que darles, sean éstas o no de índole normativa;

la función de "promoción", o sea, la de abogar por este derecho, ayudar a su difusión y a su enseñanza, y alentar a los Estados a tomar, a nivel nacional, las medidas necesarias para su puesta en práctica;

la función de "ángel custodio", es decir, la defensa de ese derecho frente a los desarrollos normativos que ignoraran su existencia o tendieran a debilitarlo;

la función de "actor", es decir, la contribución directa y concreta a la aplicación de ese derecho en las situaciones de conflicto armado;

por último, la función de "perro guardián", o sea, la de alertar, en primer lugar, no solamente a los Estados y a las demás partes directamente concernidas en un conflicto armado, sino luego también a toda la comunidad internacional, en caso de violaciones graves de este derecho".

(4) Este cometido particular del CICR está hoy formalmente reconocido en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que son aprobados por los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, y por los Estados Partes en los Convenios de Ginebra en el marco de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja.

El art. 5° de estos Estatutos, referente al CICR, asigna, en efecto, a éste el cometido de "asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho" (inciso 2, letra c); así como el de "trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo" (inciso 2, letra g)

DIH, en base a ello. Por último, ha contribuido de cerca al proceso de codificación emprendido para examinar esas propuestas en procura de una mejor protección jurídica de las víctimas, que culminaron con revisiones o desarrollos del DIH a intervalos regulares, en particular en 1906, 1929, 1949 y 1977. También ha colaborado con los Estados para el desarrollo y adopción de diversos instrumentos internacionales sobre la limitación de métodos y medios para conducir las hostilidades.

Todo ese trabajo, en tantos frentes a la vez, es realizado bajo el único interés cabal de la Institución: la asistencia y la protección de las víctimas de los conflictos armados y las situaciones de violencia interna.

El respeto del DIH implica la adopción de diversas medidas jurídicas, como la ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes y la aprobación de una legislación y una reglamentación adecuadas. Sin embargo, sería erróneo pensar que se trata de un simple trabajo jurídico. Para hacer respetar el DIH es imprescindible también darle vida, difundir su contenido y garantizar el respeto de sus principios y normas, estableciendo también los mecanismos de represión de sus violaciones.

En este punto, nos preguntamos si el establecimiento de una Corte Penal Internacional es percibido por el CICR como el medio más adecuado para garantizar la represión de los crímenes de guerra.

Como muchas otras instituciones y personas, el CICR considera que un tribunal en lo penal, de carácter nacional o internacional, no detiene por sí solo el crimen, pero puede tener un gran poder de disuasión y con ello puede ayudar a disminuir el número de víctimas (5). Asimismo-

---

(5) Conf. Pfanner, Toni, "Institución de un tribunal penal internacional permanente. Expectativas del CICR con respecto a la Conferencia Diplomática de Roma", *Revista Internacional de la Cruz Roja* nro. 145, CICR, Ginebra 1998, p. 23:

"Es importante establecer mecanismos por los que se garantice que los responsables de violaciones no se beneficien de una amnistía general. Ha de hacerse justicia en nombre de las víctimas, pero también como parte de una serie de medidas que prevengan y pongan término a las violaciones. Para que se tome en serio, el derecho no sólo ha de existir; también ha de aplicarse. De ahí la importante necesidad de instituir un tribunal penal internacional que cambie el actual patrón de impunidad. Cuando despliega sus actividades, el CICR es testigo de atrocidades que con demasiada frecuencia quedan impunes. Esta situación ha de cambiar; la comunidad internacional ha de cerciorarse de que los responsables sean castigados por sus actos. Los mecanismos de represión son importantes no sólo porque las sanciones penales son parte integrante de cualquier sistema jurídico adecuadamente constituido, sino también porque sirven como disuasión."

mo, es indudable que el establecimiento de una Corte de las características contenidas en el Estatuto es una alternativa más hacia el castigo efectivo de los crímenes más abominables, no obstante que el DIH contenga disposiciones para articular otros mecanismos para el mismo propósito.

El DIH establece un mecanismo de represión que impone a los Estados la obligación de iniciar procedimientos legales y de buscar a las personas acusadas de haber cometido infracciones graves (6), dondequiera que se encuentren. Si bien los Convenios y el Protocolo Adicional I disponen que las infracciones graves deben ser castigadas, no establecen de modo alguno penas específicas, ni tribunal para juzgar a los infractores. En cambio, sí exigen expresamente que los Estados tomen medidas legislativas en materia penal para castigar a los responsables de las infracciones graves. Si este mecanismo se aplicara debidamente, podemos suponer que, en gran medida, estaría garantizada de modo eficaz la represión de las violaciones al DIH.

Sin embargo, los Estados han aplicado este sistema de represión penal a nivel nacional en pocas oportunidades. Esta realidad condujo a la *XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* (4 al 7/11/1995), tras las recomendaciones de la *Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra* (30/8/1993 al 1/9/1993) a exhortar a los Estados a aumentar los esfuerzos internacionales tendientes a:

- someter a juicio y castigar a los criminales de guerra y a los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario;
- establecer, a título permanente, un tribunal penal internacional.

El establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, no debe servir de excusa a los Estados para olvidar, o para dejar de asumir las obligaciones que les incumben respecto a enjuiciar a los acusados de cometer violaciones al DIH, de conformidad con lo dispuesto en los convenios citados. La finalidad de la Corte no será sustituir a los tribunales nacionales, ni tampoco hacer que los Estados se consideren liberados o menos obligados a incoar, a nivel nacional, las acciones de represión pertinentes respecto a esta categoría de crímenes. Pero, como señalara el señor Cornelio Sommaruga —Presidente del CICR (1987/1999)— al iniciarse la Conferencia Diplomática de Roma el 16 de junio de 1998: “...ya que no pueden ignorarse las deficiencias del sistema, es esencial la instauración de un Tribunal Penal Internacional que garantice el enjuiciamiento de los presuntos cri-

---

(6) Ver nota final 1.

*minales de guerra cuando no hayan sido sometidos a las jurisdicciones nacionales”.*

Siguiendo esa línea de pensamiento, el CICR apoya a los Estados en su tarea de establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente que posea las competencias suficientes para desempeñar su cometido y sea complementaria de las jurisdicciones nacionales.

El CICR también considera que, al igual que la Corte Penal Internacional tiene un mandato en el ámbito internacional para garantizar el respeto del DIH, pero que ha de ser cumplido de manera diferente y de conformidad con principios diferentes. Volveremos sobre esta cuestión en el punto relativo a la *Regla de Confidencialidad del CICR*.

## *2. Expectativas del CICR antes de la Conferencia Diplomática de Roma*

Como lo expresamos anteriormente, los Estados asignaron al CICR el cometido de promover el respeto del DIH, lo cual incluye el desarrollo de mejores mecanismos de aplicación. Ello explica la activa participación de la Institución en los trabajos del *Comité Preparatorio a la Conferencia de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, por lo que atañe a las cuestiones directamente relacionadas con su cometido de guardián del DIH, colaborando con los Estados para evitar, entre otras cuestiones, cualquier retroceso del DIH vigente. En ese sentido, el CICR formuló declaraciones tanto ante el Comité Preparatorio, como ante la Asamblea General y la Conferencia Diplomática de Roma.

Dentro del material elaborado con miras a la Conferencia, distribuyó entre los Estados una carpeta de trabajo bajo el título *“Corte Penal Internacional: Hacia el cese de la Impunidad”* con varias presentaciones entre las cuales se hallaba un documento de trabajo presentado en la reunión del Comité Preparatorio —en febrero de 1997— que contenía una lista de los crímenes de guerra que a juicio del CICR, no debían faltar en el Estatuto.

El CICR también preparó un documento titulado *“State consent regime vs. universal jurisdiction”*, que presenta los antecedentes y la evolución que llevaron a reconocer el principio de jurisdicción universal por lo que atañe a los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio (7).

---

(7) Ver documento completo en página Web del CICR: <http://www.icrc.org>.

Los principios básicos del CICR, respecto a que la Conferencia de la ONU debe adoptar un Estatuto que permita establecer una Corte Penal Internacional eficaz, pueden resumirse en los siguientes:

---

1. El Documento. "Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional. Efectos de este de la impunidad". PUNTO 2. Posición del CICR, pp. 1 y 2:

"El CICR considera que, para que sea eficaz, el Tribunal debe, al menos:

- Tener jurisdicción tanto en los conflictos internacionales como en los conflictos no internacionales, dado que, hoy, los más de los conflictos son internos. El Tribunal ha de tener jurisdicción, particularmente, en todas las violaciones graves del derecho internacional humanitario, incluidas las violaciones de los Protocolos I y II de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra, ya que los más de los Estados son Partes en esos tratados y las disposiciones son, en su mayoría, consuetudinarias. Como dijo el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, 'lo que es inhumano y, por consiguiente, está prohibido en las guerras internacionales, es inhumano e inadmisibles en las guerras civiles'.

- Tener jurisdicción en los crímenes de guerra sea que sean cometidos como actos únicos o en gran escala. Esto refleja el derecho existente: a diferencia de los crímenes de lesa humanidad o de genocidio, cada acto individual que es una violación grave del derecho humanitario es un crimen internacional. No es necesario sobrepasar un umbral específico para los crímenes de guerra. Por lo tanto, la sugerencia de que el Tribunal sólo tenga jurisdicción cuando se sobrepasa cierto umbral (como parte de un plan o de una política, o en gran escala) debilitaría el derecho existente. En este contexto, es importante tener en cuenta que el Tribunal actuará como un complemento de los tribunales penales nacionales; los Estados continuarán asumiendo el deber que les incumbe de enjuiciar; el TPI ejercerá su jurisdicción sólo cuando no se disponga de procedimientos de juicio nacionales o si éstos no son eficaces. Añadiría un umbral reduciría innecesariamente la esfera de acción del Tribunal y contribuiría a sembrar confusión entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

- Tener jurisdicción intrínseca en los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. El Tribunal ha de tener automáticamente jurisdicción en esos crímenes, en un Estado Parte en los Estatutos del TPI, cuando éste no dispone de procedimientos de juicio nacionales o si éstos son ineficaces. Se han hecho propuestas en favor de un régimen de consentimiento de un Estado, en virtud del cual se requeriría, además, el asenso del Estado de custodia, del Estado territorial o de otros Estados, antes de que el Tribunal pueda ejercer su jurisdicción. Según el principio de jurisdicción universal existente, cualquier Estado tiene derecho a enjuiciar a las personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra y no se requiere consentimiento alguno de otro Estado. Este principio reafirma la norma fundamental de que los criminales de guerra no son inmunes a un enjuiciamiento, dondequiera que hayan cometido el crimen y cualquiera que sea su nacionalidad. La introducción del régimen de consentimiento de un Estado no sólo prepararía el terreno para la ineficacia del Tribunal sino que, más grave aún, daría la impresión de que los Estados pueden proteger, con toda legalidad, a los criminales de guerra contra el enjuiciamiento. Esto significaría un inaceptable y total retroceso con respecto al derecho existente ya establecido.

- Tener un fiscal independiente. El fiscal no ha de esperar a que el Consejo de Seguridad le transmita el caso o la acusación de un Estado (ambas posibilidades figuran en el proyecto de la CID para la presentación de un caso al Tribu-

2.a). Que la Corte tenga jurisdicción en todos los crímenes de guerra; todas las violaciones graves del derecho Internacional Humanitario cometidas en conflictos armados internacionales e internos, sea que se hayan cometido como hechos aislados, o como parte de un plan o de una política en gran escala.

2.b). Que tenga jurisdicción intrínseca en los crímenes de genocidio, en los crímenes de lesa humanidad y en los crímenes de guerra. La Corte debía tener automáticamente jurisdicción en esos crímenes en un Estado Parte en el Estatuto, cuando éste no disponga de los procedimientos de juicio nacionales o si éstos fueran ineficaces.

2.c). La Corte debe ser independiente e imparcial, con poder para iniciar las investigaciones y los procedimientos *ex officio*.

2.a) El CICR se preocupó por que primara la coherencia entre las definiciones de crímenes de guerra de los instrumentos jurídicos ya ratificados por la gran mayoría de los Estados —particularmente, los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977— y los que figuraban en el proyecto del Estatuto. También era importante que se incluyeran en el Estatuto otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario, especialmente las relativas a los métodos y medios para conducir las hostilidades (9).

El artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma dispone que la Corte tendrá competencia sobre los crímenes de guerra (10). Si bien incluyó la mayoría de las infracciones graves del DIH mencionadas en los *Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos Adicionales de 1977*, cometidas tanto en conflictos armados internacionales como de carácter no internacional, algunas de ellas quedaron en el tintero. No obstante ello, consideramos que la inclusión de un párrafo sobre crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados de carácter no internacional, es una decisión muy

---

nal). El fiscal independiente también ha de poder emprender investigaciones e instituir procedimientos *ex officio*, por propia iniciativa. Comité Internacional de la Cruz Roja, febrero de 1998".

(9) Por ejemplo: violaciones de tratados como el IV Convenio de La Haya de 1907 o de las normas consuetudinarias por las que se rige la guerra o la Convención de ONU de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, o la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, entre otras.

(10) Ver nota final 2.

importante de la Conferencia de Roma. Con seguridad éste es un toma de capital interés, que está haciendo correr mucha tinta sobre el papel.

En cuanto al empleo de ciertas armas (nucleares, biológicas, minas antipersonal y láser cegadoras) que no han sido incluidas en el Estatuto, el CICR hubiera preferido que se incluyera una cláusula genérica acerca de la prohibición de medios y métodos de combate que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios a las víctimas. Existe la esperanza de que el listado de armas prohibidas pueda ampliarse durante la *Primera Conferencia de Revisión* (11).

A continuación mencionamos algunas de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que no surgen explícitamente del texto del Estatuto:

- Retrasos injustificables en la repatriación de prisioneros de guerra y de civiles tal como lo dispone el *III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949*.

- Prohibición del uso de armas biológicas, minas antipersonal y que causan ceguera, no obstante que la comunidad internacional ha adoptado algunos instrumentos internacionales que prohíben distintas conductas respecto de las armas citadas (12).

- Lanzar ataques 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 como lo dispone el artículo 85 del *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949*.

- Hambrear intencionalmente a las poblaciones civiles durante un conflicto armado de carácter no internacional (artículo 14 del *Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*).

---

(11) Conf. Roberge, Marie-Claude, "El nuevo Tribunal Penal Internacional. Evaluación preliminar", Revista Internacional de la Cruz Roja nro. 148, CICR, Ginebra, p. 726.

(12) Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. Ginebra 17 de junio de 1925.

Protocolo IV sobre la prohibición de armas láser que causan ceguera de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Tratado de Ottawa de 1997).

- El empleo, durante un conflicto armado de carácter no internacional, de determinadas armas o la destrucción de los recursos naturales, realizada de forma generalizada y grave, causando daños ambientales a largo plazo.

Por otra parte, el Estatuto incluye dentro de los crímenes de guerra algunas cláusulas interesantes y otras que no figuran expresamente en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales de 1977, a saber:

- Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, se trate de conflictos armados internacionales o no internacionales (13).

- Declarar abolidos, o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga (14).

- Reclutar o alistar niños menores de quince años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades en caso de conflicto armado de carácter no internacional (15).

- Matar o herir a traición a un combatiente enemigo en caso de conflicto armado de carácter no internacional (16).

- Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo en caso de conflicto armado de carácter no internacional (17).

El Estatuto dispone que la Corte podrá ocuparse de los crímenes de guerra "en particular" cuando se cometan como parte de un

---

(13) Art. 8° (2) (b) (iii) y art. 8° (2) (e) (iii) respectivamente. Ver nota final 2.

(14) Art. 8° (2) (b) (xiv). Ver nota final 2.

(15) Art. 8° (2) (e) (vii). Ver nota final 2.

(16) Art. 8° (2) (e) (ix). Ver nota final 2.

(17) Art. 8° (2) (e) (xii). Ver nota final 2.

plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Marie-Claude Roberge considera que se determinó un umbral, pero que no es excluyente. La Corte podría investigar actos criminales individuales, lo cual es una solución muy alentadora (18). Es importante recordar en este punto la jurisprudencia de los tribunales internacionales que sesionaron en Nuremberg y Tokio (Segunda Guerra Mundial), y los que sesionan actualmente en La Haya (para ex Yugoslavia) y Arusha (para Rwanda), en el sentido de que nunca han exigido que los crímenes de guerra, para ser considerados tales, deban ser cometidos en forma generalizada y sistemática.

Por último, el CICR considera que existe una norma en el Estatuto que crea una desigualdad inexplicable, respecto a los crímenes de guerra en relación con el resto de los crímenes internacionales de competencia de la Corte. El artículo 124 del Estatuto (19), dispone que un Estado al momento de adherirse a este instrumento internacional, tiene un período de siete años, contados a partir de la fecha de entrada en vigor del Estatuto para dicho Estado, durante el cual podrá declarar que no acepta la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra que se denuncien como cometidos por sus ciudadanos o en su territorio. Como lo señaláramos oportunamente, el derecho internacional reconoce la obligación de los Estados de enjuiciar a los criminales de guerra, sin importar su nacionalidad o el lugar donde hayan cometido los crímenes. El CICR alienta a los Estados a no ampararse en la declaración del citado artículo del Estatuto. También propiciará que durante la Conferencia de Revisión que se llevará a cabo siete años después de que el Estatuto entre en vigor, esta cláusula de transición sea revisada.

2.b). El Estatuto de Roma estableció que, cuando un Estado se adhiere a este instrumento jurídico, acepta la competencia de la Corte

---

(18) Conf. Roberge, Marie Claude, op. cit, p. 726.

(19) Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículo 124. Disposición de transición:

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8º cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será considerado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.

sobre los cuatro crímenes principales: genocidio (20), crímenes de lesa humanidad (21), crímenes de guerra (22) y actos de agresión (23).

La Corte puede ejercer su competencia a instancias del Fiscal o de un Estado Parte, a condición de que uno de los siguientes Estados esté obligado por el Estatuto:

- el Estado en cuyo territorio se haya perpetrado el crimen;
- el Estado del que es ciudadano el acusado del crimen.

Si, para el cumplimiento de lo expuesto, es necesario el consentimiento de un Estado que no es parte en el Estatuto, dicho Estado puede hacer una declaración por la que acepte la competencia del Tribunal sobre determinado crimen. En el marco del sistema de seguridad colectiva —Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Na-

---

(20) Este crimen se define en el artículo 6° del Estatuto de Roma, que básicamente reitera los términos utilizados en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Se trata de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: Matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo o traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

(21) Según el artículo 7° del Estatuto, crímenes de lesa humanidad son las siguientes conductas cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población; encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atentasen gravemente contra la integridad física o la salud mental o física

(22) Ver nota final 2.

(23) El artículo 5°, párrafo 2 del Estatuto dispone que la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición en que defina ese crimen y se enuncien las condiciones para el ejercicio de dicha competencia.

ciones Unidas— no se requiere el consentimiento del Estado cuando el Consejo de Seguridad remite una situación particular al fiscal. El Consejo de Seguridad también podrá exigir que no se inicie o prosiga investigación o enjuiciamiento alguno por un período renovable de 12 meses. Esto sólo puede ponerse en práctica una vez que se apruebe una resolución en ese sentido, con arreglo a lo estipulado en el Capítulo VII de la Carta (24).

2.c). El CICR propiciaba que la Corte tuviera un Fiscal independiente, que no tuviera que esperar que el Consejo de Seguridad le transmita el caso o la acusación de un Estado, tal como figuraban como posibilidades en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Este debería poder incoar *ex officio* investigaciones e instituir procedimientos por propia iniciativa.

El Estatuto de Roma acuerda otorgar al fiscal el poder de iniciar de oficio una investigación con respecto a los cuatro crímenes de competencia del Tribunal. Una vez que el fiscal decida que hay fundamento suficiente para incoar diligencias, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una solicitud de autorización.

La solución alcanzada en Roma, con respecto al poder de incoar diligencias por parte del fiscal, es un acuerdo entre los Estados que temían tener un fiscal sobrecargado y potencialmente “politizado” y los que esperaban que un fiscal independiente fuera el garante del funcionamiento de un Tribunal apolítico y eficiente. Sólo el tiempo dirá si la función de supervisión de la Sala de Cuestiones Preliminares permite que se realicen rápidas investigaciones (25).

### *3. El CICR y los grupos de trabajo de la Comisión Preparatoria reunidos durante 1999*

Luego de la Conferencia de Roma los Estados aún tienen mucho por hacer para instituir la Corte Penal Internacional de carácter permanente. Algunos Estados, por ejemplo, deberán ajustar sus legislaciones internas antes de ratificar el Estatuto. Por otra parte, el Estatuto menciona ciertas tareas que deben ir realizando los Estados, a saber:

3.a). la preparación de un documento que contenga los elementos del crimen;

---

(24) Conf. Roberge, Marie-Claude, op. cit., p. 727.

(25) Conf. Roberge, Marie Claude, op. cit., p. 728.

3.b). la elaboración de las reglas de procedimiento y prueba;

3.c). la definición del crimen de agresión.

La *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas* ha encargado a un *Comité Preparatorio para la Corte Penal Internacional*, la tarea de completar el proyecto con los elementos del crimen y las reglas de procedimiento y de prueba para ser oficialmente aprobado. El CICR estuvo presente en los trabajos de la Comisión Preparatoria que se reunió durante 1999 en tres oportunidades y dos veces más en el 2000. Dirigió la representación del CICR el Jefe de su División Jurídica. Los trabajos se desarrollaron en una atmósfera constructiva y de cooperación entre todos los participantes.

3.a). Respecto a la cuestión de los elementos del crimen, el CICR trabajó en temas relacionados directamente con su mandato, en su condición de experto y guardián del DIH. Así, para las dos primeras reuniones del Comité Preparatorio, celebradas en febrero y en julio/agosto de 1999, el CICR preparó un estudio que contiene todas las informaciones disponibles en las fuentes existentes del DIH, con casos jurisprudenciales del ámbito internacional y nacional, relativos a los elementos del crimen de guerra, con el propósito de ayudar a los Estados en sus negociaciones. Este trabajo fue completado y su versión definitiva se presentó en la última reunión del Comité Preparatorio en el mes de noviembre del año citado. Los Estados han aceptado y ponderado las bondades de dicho trabajo y lo han citado con frecuencia. Un grupo compuesto por siete Estados —Africa del Sur, Bélgica, Costa Rica, Finlandia, Hungría, República de Corea y Suiza— lograron presentarlo como documento oficial de Naciones Unidas.

Durante la segunda reunión de los grupos de trabajo para la definición de los elementos del crimen, el CICR fue invitado a participar en la redacción destinada a establecer un texto de síntesis. En estos casos el rol del CICR consiste esencialmente en la posibilidad de brindar consejos a los Estados, sobre la base de su condición de experto en el marco del DIH y la experiencia que ha adquirido durante sus misiones en los conflictos armados.

3.b). Por otra parte, el CICR trabajó activamente en los grupos de trabajo sobre las cuestiones de Procedimiento y Prueba. En dicho marco, presentó un proyecto sobre la Regla de Confidencialidad del CICR y la Corte Penal Internacional (26).

---

(26) Regla 6.4 Comunicaciones e información privilegiadas.

(c) La Corte deberá considerar que goza de exención de revelación, incluso mediante el testimonio de cualquier persona que sea o haya sido funcionaria o empleada del CICR, toda información, documento o cualquier otra prueba que llegue a tener en su posesión el CICR durante el ejercicio de sus funciones en

Se le solicitó al grupo de trabajo sobre las cuestiones de Procedimiento y Prueba de la Comisión Preparatoria que incluyese el proyecto de Regla (en relación con el artículo 69.5 del Estatuto - Privilegio de confidencialidad) a fin de proteger la labor del CICR en el marco de la Corte.

¿Por qué el CICR necesita garantizar que las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, contengan una cláusula de salvaguardia para su información y Documentos?

En el supuesto de que una Corte admitiera información o documentos confidenciales del CICR o hiciera comparecer en calidad de testigo a un integrante del personal del CICR sin autorización previa de la Institución, ello menoscabaría el cometido del CICR en virtud del DIH (27). Por ejemplo, si las partes beligerantes creyesen que un dele-

---

virtud de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, o como consecuencia de dicho ejercicio, a menos que: (i) Tras consultas realizadas de conformidad con el párrafo e), más adelante, el CICR no se oponga por escrito a tal revelación o haya renunciado de cualquier otra manera a este privilegio; o (ii) tal información, tales documentos o pruebas estén contenidos en declaraciones y documentos públicos del CICR.

(d) Nada en el párrafo (c) afectará la admisibilidad de la misma prueba obtenida de una fuente que no sean el CICR y sus funcionarios o empleados, cuando dicha prueba haya sido igualmente obtenida por esa fuente independientemente del CICR y de sus funcionarios y empleados.

(e) Si la Corte determina que la información, documentos u otras pruebas del CICR son de vital importancia para un caso particular, deberán celebrarse consultas entre la Corte y el CICR, a fin de buscar una solución mediante la cooperación, teniendo siempre en cuenta las circunstancias del caso, la pertinencia de la prueba que se busca, el hecho de si ésta pudiera o no ser obtenida de una fuente que no sea el CICR, los intereses de la justicia y de las víctimas, así como el desempeño de las funciones de la Corte y del CICR.

(27) Conf. Convenios de Ginebra de 1949 (189 Estados Parte), con los Protocolos Adicionales I y II de 1977 (157 y 150 Estados Parte, respectivamente), y los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Las tareas que incumben al CICR de conformidad con los Estatutos del Movimiento (1986, artículos 5.2, c, d y 5.3) buscan la fiel aplicación del DIH, e incluyen los esfuerzos desplegados por el CICR que correspondan a su cometido de institución y de intermediario específicamente neutrales e independientes, a fin de garantizar la protección y la asistencia de las víctimas de conflictos internacionales o de otra índole o de disturbios internos y de sus consecuencias directas, y estudiar las cuestiones cuyo examen incumba a tal institución. Entre las actividades del CICR figuran: visitas a prisioneros de guerra, a internados civiles y a detenidos de seguridad; mantenimiento de una Agencia Central de Búsquedas para restablecer el contacto entre familiares separados por el conflicto y facilitar su reunión; la finalidad de estas actividades es garantizar que las víctimas reciben protección y asistencia; ser intermediario neutral, en asuntos humanitarios, entre partes en un conflicto, así como fomentar el respeto del DIH. Hoy, el CICR tiene delegaciones en 55 países y presta servicios en muchos más.

gado del CICR podría estar recogiendo pruebas para emplearlas en futuras acciones penales, probablemente ellos comenzarían a negar o restringir el acceso del CICR, especialmente a los centros de detención o a las prisiones. Ante una situación así, los únicos perjudicados son las víctimas del conflicto armado.

Los Estados han confiado al CICR de forma específica el cometido de prestar servicios para la promoción del DIH y la supervisión directa y ayuda a las víctimas; es decir, emprender acciones en caso de conflictos armados o de violencia interna para persuadir a las partes, en esos acontecimientos, de respetar el DIH y poner término a las violaciones de dicho derecho o impedir que ocurran tales violaciones. Ello implica un trabajo de información acerca de las normas pertinentes del DIH y de promoción de su cumplimiento. Se trata de educar, persuadir y verificar. Pero ello no quiere decir que el CICR deba desempeñar una función de tipo punitivo en respuesta a las violaciones o que participe en mecanismos de represión. El CICR no es un órgano de pesquisa, ni de persecución para las personas que cometan infracciones graves a los convenios humanitarios. Ello incumbe a los Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

Para que el CICR pueda cumplir con su cometido tiene que obtener el asenso y granjearse la confianza de todas las partes beligerantes, o involucradas en un conflicto. Ha desarrollado su práctica mediante la experiencia adquirida en sus 137 años de actividad. Sus métodos de trabajo son aceptados y anticipados, tanto por los Estados como por las víctimas de estos conflictos. Sin embargo, su particular método de trabajo con las partes beligerantes y las víctimas requiere el mantenimiento de una estricta confidencialidad.

Esta modalidad de trabajo no es empleada del mismo modo por otras organizaciones humanitarias o activas en el campo de los derechos humanos. Ellas, en su gran mayoría entienden que no pueden beneficiarse de este privilegio. Las organizaciones humanitarias y de derechos humanos trabajan generalmente por el mismo objetivo —la protección de la dignidad humana— pero de conformidad con mandatos y principios diferenciados. Cada vez se acepta más la complementariedad de estos distintos enfoques respecto de la protección de las víctimas. Por eso se reconoce plenamente la necesidad de preservar diferentes principios de trabajo.

La confidencialidad ha sido siempre y en todo momento la herramienta de trabajo del CICR. Es el sello característico de la Institución y es lo que, además de sólidos argumentos jurídicos, hace posible que solicite una cláusula de exclusión en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

Esta Regla de Confidencialidad está perfectamente delimitada en la doctrina de la Institución y ha sido reconocida por la mayoría de los

Estados como una práctica aceptada como derecho. Al respecto resulta de interés la decisión del Tribunal para la ex Yugoslavia en el caso de un antiguo empleado del CICR al que el Fiscal pretendía citarlo para prestar declaración testimonial en el caso "Simić y otros" (28).

A esta altura, quizás, el lector se pregunte, ¿bajo qué condiciones el CICR se podría liberar de la cláusula de confidencialidad y denunciar públicamente una violación del DIH?

El CICR sólo hace denuncias públicas de violaciones del DIH en forma excepcional, de acuerdo con una línea de doctrina y procedimientos establecida desde hace muchos años. Antes de realizarlas debe tener la seguridad de que con ello no ha de perjudicar su capacidad de desempeñar su cometido. Asimismo, debe haber testigos directos de las violaciones y éstas han de ser repetidas e importantes; tales declaraciones públicas redundan en interés de las personas afectadas o amenazadas y sólo se hacen cuando, mediante gestiones emprendidas confidencialmente, el CICR no ha logrado poner término a dichas violaciones. Tal publicidad de las violaciones debe hacerse sólo en interés

---

(28) El 1º de octubre de 1999, la Sala Tercera de Primera Instancia expidió una resolución para levantar la confidencialidad a su decisión *ex parte* del 27 de julio de 1999 en virtud de la cual se consideraba improcedente el testimonio de un antiguo empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) que quería presentar el Fiscal en el caso de "Simić y otros".

Este fallo respondía a una petición que presentó la Fiscalía ante la Sala de Primera Instancia, el 10 de febrero de 1999, mediante la cual solicitaba a la Sala decidir sobre si un antiguo empleado del CICR podía o no ser llamado a dar testimonio sobre algunos hechos de los cuales tuvo conocimiento en el ejercicio de su labor.

Al tomar esta decisión, la Sala de Primera Instancia tomó nota de los principios derivados del cometido encomendado al CICR por el derecho internacional en virtud de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos Adicionales. La Sala de Primera Instancia se centró, particularmente, en tres principios fundamentales que guían al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, a saber la imparcialidad, la neutralidad y la independencia, y consideró que, durante procesos judiciales, el derecho del CICR a no revelar información en posesión de los empleados de la institución es necesario para que ésta pueda efectivamente cumplir con su cometido. Por otra parte, la Sala de Primera Instancia tomó nota de que los Convenios de Ginebra han sido ratificados por 188 Estados.

En consecuencia, la Sala de Primera Instancia llegó a la conclusión de que el derecho internacional consuetudinario otorga al CICR un derecho absoluto a no revelar información relacionada con el trabajo de la institución y que esté en posesión de uno de sus empleados. Por consiguiente, no se plantea en modo alguno la cuestión de encontrar un equilibrio entre el interés de la confidencialidad del CICR y el interés de la justicia.

De esta forma, la Sala de Primera Instancia decidió que *"no debía recibirse el testimonio del antiguo empleado del CICR que pretendía presentar el Fiscal"*. El Juez Hunt emitió por separado una opinión disidente.

de las personas afectadas o amenazadas y, por lo tanto, no deben ocasionar el bloqueo de la acción de asistencia y protección en favor de las víctimas. Esta metodología es empleada como un medio para poner término a las violaciones en curso y no con la finalidad de contribuir a que se castiguen las violaciones cometidas. En este sentido, realizar denuncias públicas ocasionales es muy diferente a participar en acciones penales destinadas a la represión de las violaciones.

Por otra parte, también hemos de decir que el CICR ha colaborado con los Tribunales Internacionales ad hoc establecidos por el *Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas*, para ex Yugoslavia (La Haya) y Rwanda (Arusha) hasta el máximo permitido por la Regla de Confidencialidad de la Institución.

Como colofón, podemos afirmar, que la comunidad internacional mantiene un genuino interés en que el CICR siga cumpliendo su mandato de la misma manera que lo ha hecho en más de ciento treinta años de servicio. Así pues, la Institución necesita garantizar que las reglas de procedimiento y prueba contengan una cláusula de salvaguardia para la información y los documentos del CICR.

Los cometidos respectivos de la Corte Penal Internacional y del CICR están separados, pero se complementan mutuamente en los esfuerzos desplegados para garantizar el respeto del DIH. Así pues, la diferencia entre las actividades, principios y métodos de trabajo respectivos han de considerarse no en términos de contradicción sino de complementariedad.

3.c). La definición del crimen de agresión deberá ser adoptada durante la *Primera Conferencia de Revisión*, ocasión que como ya se mencionara, ocurrirá siete años después de la entrada en vigor del Estatuto. No obstante ello, un grupo de expertos ya está trabajando en esta cuestión. El CICR, sin embargo, no es parte en estos trabajos que salen de su ámbito directo de competencia.

#### *4. El CICR y la Corte Penal Internacional. El futuro*

Cuando la Corte Penal Internacional se establezca y funcione, los Estados seguirán estando obligados a ejercer su jurisdicción penal con respecto a las personas acusadas de haber cometido crímenes internacionales, puesto que la Corte tiene competencia solamente cuando un sospechoso no haya sido enjuiciado ante un Tribunal nacional. Probablemente esta situación aliente a los Estados a aplicar medidas más eficaces a nivel nacional. En este ámbito, el Servicio de Asesoramiento de DIH del CICR continuará brindando asistencia técnica a los Estados a fin de que aprueben las normas necesarias para investigar y enjuiciar a los acusados de crímenes de guerra.

En cuanto a las futuras actividades de promoción, tal como surge del informe preparado por el *Comité Internacional de la Cruz Roja* en consulta con la *Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja* para la *XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja* (31/10/99 al 6/11/99), el CICR como el resto de los componentes del *Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* deben concentrar sus esfuerzos, particularmente, en las cuestiones siguientes:

- Para que la Corte Penal Internacional sea realmente eficaz, muchos Estados deben firmar y ratificar el Estatuto; por consiguiente, hay que alentar a los Estados a hacerlo.

- Habría que incitar a los Estados a que no hagan una declaración, de conformidad con el artículo 124 del Estatuto de la Corte Penal Internacional por la que excluyan la jurisdicción de la Corte, con respecto a los crímenes de guerra durante un período de siete años.

- Las normas esenciales del Estatuto sobre los crímenes de guerra, especialmente la lista de los crímenes de guerra, deben completarse; así pues, hay que aplaudir la posibilidad de revisarlos siete años después de su entrada en vigor. Entre tanto, no hay que tardar en elaborar el anexo relativo al empleo de armas de índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios o de efectos indiscriminados, especialmente las armas de destrucción masiva. Además, la consolidación de la prohibición del empleo de minas antipersonal y de armas que causan ceguera debería también permitir la inclusión del empleo de estas armas como crimen de guerra, en la primera revisión del Estatuto.

La Comisión Preparatoria sobre los elementos del crimen ya adoptó el texto final de su Informe. El CICR ha contribuido con los Estados en esa tarea.

La Regla de Confidencialidad ha sido incluida en los informes de la Comisión Preparatoria sobre cuestiones de Procedimiento y Prueba. El CICR trabajó arduamente para ello con la colaboración de los Estados, motivado en que para el desempeño de su cometido obtiene información basándose en una relación de confianza y para ello el elemento de la confidencialidad es esencial para el mantenimiento cabal y satisfactorio de la relación entre el CICR y sus interlocutores. Ello está universalmente aceptado, y ayudar a preservar y fomentar esta relación redundará en el interés de la comunidad internacional. Por el contrario, la divulgación de información en violación de la Regla de Confidencialidad del CICR causaría un daño irreparable a su capacidad de efectuar las acciones que se le asignen y, por lo tanto, al interés público internacional. La Regla de la Confidencialidad es un principio de trabajo dimanante de la práctica general del CICR y

del DIH, y tanto los Estados como las víctimas lo aceptan y lo esperan.

El Guardián del Derecho Internacional Humanitario continúa trabajando para que las víctimas de los conflictos armados sean respetadas por quienes tienen el deber de aplicar el DIH. Si a pesar de ello, sus normas son violadas, el CICR continuará recordando a los Estados su obligación de establecer los mecanismos adecuados de represión para los crímenes de guerra. Más allá del poder disuasivo que la existencia de jurisdicciones penales nacionales o internacionales representa, es importante que la comunidad internacional comprenda definitivamente que hacer justicia en nombre de las víctimas de los crímenes de guerra, contribuirá a crear un mundo más seguro y justo para las generaciones venideras.

#### *NOTA FINAL 1*

Se consideran infracciones graves algunas de las violaciones más graves del DIH. Son actos concretos enumerados en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y en el Protocolo Adicional I. Las infracciones graves son consideradas crímenes de guerra.

Infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147, respectivamente)

- Homicidio intencional;
- tortura o tratos inhumanos;
- experimentos biológicos;
- causar deliberadamente grandes sufrimientos;
- atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente (esta disposición no está incluida en el art. 130 del III Convención de Ginebra).

Infracciones graves especificadas en el III y el IV Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 130 y 147, respectivamente)

- El hecho de forzar a un prisionero de guerra 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 Convenios.

Infracciones graves especificadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 147)

- La deportación o el traslado ilegal;
- la detención ilegal de una persona protegida;
- la toma de rehenes.

Infracciones graves especificadas en el Protocolo Adicional I de 1977 (art. 11 y art. 85)

- 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.

# 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 perverso del signo distintivo de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o de otros signos protectores.

# Cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo:

- 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 normal e imparcialmente.

*NOTA FINAL 2*

Estatuto de la Corte Penal Internacional. Artículo 8º: Crímenes de guerra:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

- i) Matar intencionalmente;
- ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atacar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;

vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;

viii) Tomar rehenes.

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

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 serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii) Declarar que no se dará cuartel;

xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;

xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;

xix) Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;

xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo.

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

## EL DERECHO: ENTRE EL FOLLETIN Y LA TRAGEDIA

por ALICIA E. C. RUIZ (\*)

1.-

*"No hay testimonio alguno capaz de probar  
un milagro, a menos que... su falsedad sea más  
milagrosa que el hecho que pretende establecer"*

*David Hume, "Sobre los milagros"*

En uno de los cuentos de "El Aleph", Borges refiere la historia de una joven judía de origen alemán que asesina al hombre que había arruinado a su familia y provocado la muerte de su padre. Para justificar el crimen se hace violar por un marinero desconocido y culpa del ultraje a su víctima, el señor Loewenthal, a cuyas órdenes trabajaba.

La historia de Emma Zunz, se me apareció, desde un primer momento, como un lugar desde donde pensar acerca de las relaciones entre Derecho y massmedia. Tal vez, porque Borges se inspiró en una crónica policial de los años 20. Así que, antes de ser "cuento", el caso Zunz fue "noticia" y, seguramente, dio motivo a actuaciones judiciales.

O quizás, porque en el relato emerge *"esa zona de sombra de lo real, ...los lados oscuros e insospechados de lo evidente, de lo obvio, que pueden alterar lo efectivo, darlo vuelta, ponerlo en jaque. Casi como un contagio... con el procedimiento de un extraño detective —el autor transmite— la duda sobre lo que es verdadero, la desconfianza de la evidencia, la idea de la sustancia equívoca de la vida"* (Tabucchi, 1996: p. 2).

En la literatura, en el derecho, y también en la televisión, se juegan la ficción y la verdad. Pero son juegos distintos y, al montarse unos sobre los otros, las reglas a las que cada uno está sujeto, producen efectos insospechados. En cierto modo, estructuran otro discurso, un nuevo juego, en el que no es fácil reconocer el "juego del derecho" acerca del cual estamos acostumbrados a reflexionar.

---

(\*) Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el párrafo con el que se cierra la narración, Borges logra, con admirable sencillez, marcar esa tensión entre ficción y verdad. *"La historia era increíble, en efecto, pero se impuso a todos, porque era sustancialmente verdadera. Verdadero era el tono de Emma Zunz, verdadero el pudor, verdadero el odio. Verdadero también el ultraje que había padecido, sólo eran falsas las circunstancias, la hora y uno o dos nombres propios"*.

*"Una historia increíble... sustancialmente cierta."* ¿Por qué lo increíble convence? ¿Cuándo lo obvio se torna dudoso? ¿Bajo qué circunstancias nos invade la 'idea de la sustancia equívoca de la vida'?

Quizás algunas ficciones tienen la posibilidad de crear un "clima" de verdad. Es más, quizás la verdad no sea sino ese "clima" provocado por ciertas ficciones. *"La primera sensación que se percibe al hablar de las ficciones, es la de encontrarnos envueltos en una atmósfera de misterio... en este universo una nube, un color, un nombre, una campana, son algo más porque forman clima... El clima, la atmósfera, es lo propio de las ficciones"* (Mari: inédito).

Imaginemos, por un momento, el proceso judicial en el cual se investigara la muerte de Loewenthal y, al mismo tiempo a la desdichada Emma Zunz como protagonista de una telenovela latinoamericana. En una síntesis de ambas escenas, imaginemos, ahora, la noticia del juicio a Emma Zunz contada desde la pantalla televisiva. Alguien dirá, en este punto y con razón, que esto nada tiene de novedoso, que la televisión nos tiene acostumbrados a la superposición y mezcla de espectáculos y que la propuesta es poco original. Con todo me gustaría seguir adelante.

¿Qué resultaría creíble en cada uno de esos escenarios? ¿Qué emociones se despertarían en el público? ¿Qué cuestiones se convertirían en el centro de atención? ¿Qué personajes en héroes, o en mártires o en villanos? ¿Qué palabras, qué gestos, qué argumentos convencerían? En síntesis, ¿qué ficciones volverían verdadera a la historia?

El juicio a Emma Zunz transmitido en directo por TV se convertiría en un folletín, concitaría la atención de muchos y los haría llorar, despertaría amores y odios.

La credulidad o incredulidad del público dependería más de las miradas, las voces, el rostro, los pequeños gestos de la acusada, del juez, del fiscal o del defensor, que de sus argumentos y de las pruebas aportadas. Como si fueran protagonistas de una telenovela, la imagen se impondría al texto.

La ficción ideada por Emma para castigar al margen de la ley y de la justicia, sería creída en la medida en que las ficciones de la televisión lograran rodearla de un cierto "clima" de verdad.

En la crónica massmediática de los años '90, el caso Zunz queda más cerca del melodrama que de la tragedia. ¡Quién sabe si Borges hubiera escrito sobre Emma!

Paradójicamente, es posible imaginar que "puesta en pantalla" provocara un debate social acerca de la justicia por mano propia.

*"Sea como fuere —dice Anibal Ford— el aporte de las nuevas tecnologías a las formas en que se desarrollan y constituyen el conocimiento y el intercambio humanos es una realidad insoslayable. Los monstruos ya están sueltos. Ni la relación hombre/máquina tiene la figura de Frankenstein o su versión Barbie —la mujer biónica— ni el poder, que es cada vez más duro e implacable, tiene la forma del Big Brother o del Panóptico. Es menos viable, más inteligente y no tiene centros fijos. Pero no por eso deja de actuar, de privilegiar, de excluir. Y esto no es un simulacro, aunque las relaciones entre lo factual y lo simbólico, deban ser repensadas"* (Ford, 1995: p. 17).

2.-

*"Las cosas, repentinamente privadas del sentido que se les impone, del lugar que tienen asignados en el pretendido orden del mundo... provocan nuestra risa."*

*Milan Kundera, "El libro del olvido y la risa"*

El derecho, el mundo de la ley y de los jueces, aparece día tras día como parte infaltable de la noticia. El derecho se instala en la cotidianidad del ámbito "más privado" de la vida privada, desde el dormitorio a la cocina, a través de la pantalla televisiva.

Mi impresión es que, cuanto más se intensifica la presencia de lo jurídico, más se desvanece su sentido específico y se devalúa como discurso social. Me prevengo, desde ahora, de la primera objeción a esta propuesta. No creo que esta devaluación pueda explicarse sólo por el descrédito y la falta de confianza en la independencia y honestidad del poder judicial, o por la crisis de representatividad del parlamento.

Paréntesis. El vocabulario economicista (devaluación, costos) es intencional. Está instalado entre los estándares a los que el modelo neoconservador nos ha condenado... y ese modelo, no es ajeno a la cuestión que estoy considerando, aunque no voy a ocuparme de ese aspecto en las páginas que siguen.

Algo más complejo sucede cuando la televisión es el escenario en el cual el texto del derecho se enuncia y se pone en acción. Una cierta

Inadecuación casi insalvable que diluye, de modo imperceptible, su simbología.

Lo jurídico como parte de lo cotidiano carece de la distancia que, por su propia estructura, requiere para ser efectivo. Al incorporarse como un elemento más del espectáculo massmediático, la inmediatez lo vuelve poco creíble.

¿No será que, vistos en la pantalla pequeña instalada en el espacio doméstico, los actores prototípicos del espectáculo jurídico (el legislador, el juez, las partes de un proceso, el teórico del derecho, el profesor universitario) se transforman en "otros" y los textos que enuncian y los actos rituales que cumplen adquieren una dimensión y un sentido distintos... aunque no menos significativos?

El "trastrucamiento" siempre tiene algo de enloquecedor, de desestructurante, que lo vuelve inaceptable, porque supone pérdida de protagonismo y, naturalmente, de espacios de poder.

3.-

*"...sin un mínimo de azar, de apertura, de incertidumbre no hay ya juego, ni historia, ni derecho, sólo violencia pura o beatitud eterna..."*

*François Ost, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez"*

El derecho no se cristaliza significativamente en el momento de su creación, ni tampoco su sentido se completa cuando es aplicado. El derecho produce sentido al circular, una multiplicidad de sentidos abiertos y cambiantes.

En un registro similar, Christian Courtis encuentra fuertes analogías entre derecho y teatro, en la dinámica entre texto y escena. El derecho necesita apelar a una doble traducción, simplificando algunos elementos de la realidad para poder codificarla, pero después... *"cuando se requiere que opere sobre situaciones reales debe volver a traducir la codificación textual a circunstancias de la vida fáctica"* (Courtis, 1994: p. 17).

La ley, como el guión de una obra de teatro, propone directivas para la puesta del texto en la escena. *"La escenificación tiene una meta comprensiva: no se agota en la mera repetición de diferentes actos o artículos, sino que conlleva la pretensión de recrear el sentido significativo del texto"*. (Courtis, 1994: p. 18).

La recreación de sentido de un sustrato objetivo, que comparten el derecho, la historia y el teatro implica *"un nivel asimétrico de codifica-*

*ción de la realidad*" (de la realidad al texto y del texto a la escena). La historia y el derecho (al ser formulado) traducen fragmentos de la vida social al contexto más estrecho de un texto. El teatro y el derecho (al ser aplicado) traducen la codificación del texto al contexto más rico y complejo de la escena. La primera fase elige algunos acontecimientos sociales y los convierte en texto, mientras que la segunda *"reconvierte el texto en acción"*. (Courtis, 1994: p. 18).

La reconstrucción del sentido es, al mismo tiempo, producción de sentido en la que muchos participan en escenarios diversos, ante públicos variados. Todos intervienen en la resignificación del texto. El actor cuando dibuja a su personaje, y el director cuando organiza y distribuye los énfasis, los planos, las luces. Pero también el público cuando se identifica con la propuesta o la rechaza, y el escenario donde se representa el texto, son relevantes significativamente.

La "compresión" *"se organiza de variadas maneras y se proyecta en los criterios con que se seleccionan códigos y elementos fácticos para completar los segmentos indeterminados del texto"* (Courtis, 1994: p. 18).

Así es que, desde el discurso del derecho, puede significarse un acontecimiento social como algo distinto a una sucesión de hechos. Y simultáneamente abrir un abanico de significados posibles. Las preferencias que nos inclinen hacia alguno de ellos o los mecanismos a través de los cuales unos se nos impongan sobre otros, dependerán, en parte, de la estructura discursiva, pero, en buena medida, de hegemónicas de poder.

Una pieza teatral o un tracto del discurso jurídico cuando se transmiten a través de la pantalla de televisión, se convierten en un espectáculo dentro de otro espectáculo. Y esa transposición incide en la manera en que son aprehendidos. Por un lado, pierden capacidad de generar convicción, una porción de su "magia". Pero, por otro, pueden generar efectos sorprendentes.

Dicho de otro modo, sus aspectos ficcionales no son tan útiles para crear "atmósfera", cuando la cercanía que aporta la televisión hace que se disloque la realidad "significada" desde el teatro o el derecho.

Y, entonces, se desconfía de que la descripción tenga algo de verdad.

Queda exhibida la artificiosidad de sus recursos (los del teatro o los del derecho), en la medida en que las reglas que se imponen son aquellas que la televisión ha enseñado a sus espectadores.

4.-

*"...¿Cuáles son las nuevas fuerzas que trabajan la imagen y los nuevos signos que invaden la pantalla?"*

*Gilles Deleuze, "La imagen tiempo"*

¿Qué reglas son propias del juego televisivo? Planos breves, repetición y acumulación de imágenes, cámaras que se mueven todo el tiempo. El zapping es el modelo de sintaxis del discurso televisivo, a través del cual el espectador parece dueño de un poder absoluto para armar, una y otra vez, el espectáculo a su antojo.

El ritmo enloquecido anula toda posibilidad de silencio y crea la ilusión del no vacío. *"Las imágenes se suceden unas a otras, sin misterio ni transparencia. El control remoto es una moviola hogareña de resultados imprevisibles e instantáneos, una base de poder simbólico... la velocidad pensada como medio y fin del así llamado medio visual, que se corresponde con los lapsos cortos... Atención y duración son dos variables complementarias y opuestas: se cree que sólo la corta duración logra generar atención... En el camino se ha perdido el silencio... La pérdida del silencio y del vacío de imagen a la que me refiero aquí es un problema propio del discurso televisivo, no impuesto por la naturaleza del medio sino por el uso que desarrolla algunas de sus posibilidades técnicas y clausura otras... se confía en que el alto impacto y la velocidad compensarán la ausencia de blancos y silencios, que deben evitarse porque ellos abren grietas por donde se cuele el zapping"* (Sarlo, 1994: p. 62/68).

La repetición y la velocidad hacen que sólo algunas imágenes se lean y perduren en la memoria, mientras que muchas otras se pierden, sin que nadie las perciba, lo que permite que puedan repetirse hasta el hartazgo.

Por otro lado, a través del registro en directo y de la transmisión en directo, surge la ilusión de transparencia. De que, lo que se ve es lo que es, sin mediaciones de ningún tipo. De que, lo que aparece en la pantalla, es lo verdadero.

Las ficciones televisivas son más eficaces para provocar un clima de "verdad", gracias a estos recursos que acostumbran a los ciudadanos a una suerte de presencia virtual en los sucesos que se les exhiben. Es como si cada uno de nosotros estuviera en la escena del crimen, en la reconstrucción judicial del asesinato o del asalto, junto a la mesa del bar o al escritorio del despacho donde el funcionario negocia el precio de su honestidad, hombro a hombro con el político acusado de negocios turbios, o al lado de quienes descubren un cargamento de droga. Somos, a un tiempo, policía, delincuente, estafado, estafador, narcotraficante, miembro de un cuerpo especial de represión, víctima.

victimario, corrupto, juez, fiscal, acusado. Y todo, desde el sillón del living o recostados en la cama, comiendo, hablando por teléfono con una amiga, o discutiendo con los hijos.

Como en un texto donde autor, lector y personaje se intercambian constantemente de posición, provocando confusión entre relato y vida, entre lo que hace el actor y lo que le pasa al espectador (Sarlo, 1994: p. 246).

La vida es más excitante exhibida con el ritmo y la velocidad de una serie, y como en ella, inevitablemente, habrá un héroe al cual adherir, o un despreciable villano. Y ambos serán olvidados y sustituidos. Con la misma rapidez con la que se los instituyera, cuando un nuevo capítulo o una nueva historia asomen en la pantalla.

La atracción por la acción espectacular, la fascinación de un presente sin memoria, la preferencia por una visión anecdótica más que argumentativa, una preeminencia del ritmo por sobre la trama, definen al televidente (García Canclini, 1995: p. 141).

Todos estos elementos inciden, fuertemente, en la mirada escéptica con que el televidente contempla otras instituciones sociales, que a diferencia de la televisión y de lo que ella le proporciona, siente muy alejadas de su cotidianeidad, respecto de las que no encuentra nada que lo conmueva (salvo cuando se convierten en parte del show mass-mediático), ni que lo haga sentir parte de ellas, ni que le sirvan para solucionar los problemas en los que se encuentra sumergido.

Este modo de la comunicación que Jesús Martín Barbero llama la *"retórica de lo directo"* organizan el espacio televisivo sobre el eje de la proximidad y la magia de ver. Trabajan sobre la variación de un idéntico o la identidad de varios diversos, y conjugan la discontinuidad del tiempo del relato con la continuidad del tiempo relatado (Barbero, 1987: pp. 234/237).

La televisión se vuelve más confiable, en relación con otras prácticas sociales, que como el derecho, están sometidas a reglas distintas, que en los tiempos que corren, parecen destinadas a ser perversamente tergiversadas. Un discurso (el de la televisión) que "miente" mostrándose como transparente y aproximando su versión de lo real, convierte al juego del derecho en un mero simulacro, donde la ficción se vuelve mentira.

Sarlo señala con notable acierto como *"... frente a la opacidad creciente de otras instituciones, frente a la complejidad infernal de los problemas públicos, la televisión presenta lo que sucede tal como está sucediendo y, en su escena, las cosas parecen siempre más verdaderas y más sencillas. Investida de la autoridad que ya no tienen las iglesias ni*

los partidos ni la escuela, la televisión hace sonar la voz de una verdad que todo el mundo puede comprender rápidamente”.

*“La epistemología televisiva es, en este sentido, tan realista como populista. y ha sometido a una demoledora crítica todos los paradigmas de transmisión del saber conocidos en la cultura letrada... Si funda otros mitos y otras autoridades no lo hace a través de una restitución del pasado sino por una configuración del presente y quiérase o no, probablemente del futuro” (Sarlo. 1994: p. 80).*

La televisión nos promete que alguna vez, cada uno de nosotros podrá estar ante las cámaras, no porque poseyamos cualidades específicas sino a causa de imprevistos acontecimientos *“...y a falta de acontecimientos, nuestra calidad de ciudadanos es condición suficiente para estar allí. En este punto, la televisión vive de un imaginario fuertemente nivelador e igualitarista. Pero no sólo de él... si la televisión nos mostrara sólo a nosotros mismos se volvería una pesadilla hiperrealista... también nos muestra sus astros, seres excepcionales que, al mismo tiempo, hablan una lengua completamente familiar y no evitan las banalidades cotidianas... la televisión presenta a las estrellas y al público de las estrellas navegando en un mismo flujo cultural. Esta comunidad de sentidos refuerza un imaginario igualitarista y, al mismo tiempo, paternalista. El público recurre a la televisión para lograr aquellas cosas que las instituciones no garantizan: justicia, reparaciones, atención. Es difícil afirmar que la televisión sea más eficaz que las instituciones para asegurar esas demandas. Pero sin duda parece más eficaz, porque no debe atenerse a dilaciones, plazos, procedimientos formales que difieren o trasladen las necesidades” (Sarlo, 1994: p. 80).* Los aspectos que Sarlo releva explican por qué el discurso del derecho pierde en la pugna con la retórica televisiva.

Pero *“El desencanto o la perplejidad no son el final de la historia...”* (Hopenhayn, 1994: p. 266).

5.-

*“Cuando pensamos en el futuro del mundo nos referimos siempre al lugar en que estará si sigue el camino que lo vemos seguir ahora y no pensamos que no sigue un camino recto sino curvo y que cambia constantemente su dirección.”*

*Ludwing Wittgenstein, “Aforismos”*

En este punto, y para seguir adelante, es indispensable, como sugiere J. M. Barbero *“rehacer el mapa de los conceptos básicos, para lo cual debe cambiarse el lugar desde el cual se formulan preguntas que*

*rebasan la lógica diurna... aceptar que los tiempos no están para la síntesis, que la razón apenas nos da para sentir y barruntar que hay zonas, en la realidad más cercana, que están todavía sin explorar... Las tentaciones al apocalipsis y la vuelta al catecismo no faltan, pero la más secreta tendencia parece ir en otra dirección: la de avanzar a tientas, sin mapa o sólo con un mapa nocturno... Un mapa no para la fuga sino para el reconocimiento de la situación desde las mediaciones y los sujetos"* (Barbero, 1987: p. 229).

Una sucesión de paradojas irán apareciendo en el trazado de este nuevo mapa.

En primer lugar, y hasta la saturación, el derecho, se repite en la pantalla como lo que no es, emparentado con las figuras de Júpiter o de Hércules en la feliz comparación de Ost, reproduce la incapacidad de dos paradigmas para articular de manera satisfactoria el hecho y el derecho, y una forma de obliteración de la vida jurídica real: el derecho se disuelve, en última instancia, en los lugares imaginarios de los que se considera procedente: vértice de la pirámide o extremidad del embudo (Ost, 1993: p. 178). Y entonces, se torna lejano, incomprensible, ajeno al público que no encuentra espacio en el cual insertarse, que carece de un lugar desde donde hacerse oír y que tampoco entiende lo que enuncian las voces dotadas de autoridad jurídica.

Nunca como frente a la pseudotransparencia de la televisión, a la transmisión en directo, a un tiempo hecho de fragmentos, a la ausencia aparente de todo mediador, el discurso del derecho aparece más oscuro, más secreto, más reservado a quienes poseen un peculiar saber o un singular poder para disponer de él y hacerlo suyo.

En tales condiciones, el ciudadano no sabe cómo intervenir en el juego y acaba desinteresándose, con lo que el número de jugadores es cada vez más reducido.

Los operadores del derecho son incompatibles con los personajes propios del mundo massmediático. No hay manera de preservarlos si son asimilados por el show televisivo. Los tonos en que pronuncian sus textos requieren una distancia que la televisión no puede proporcionarles, un tiempo para la reflexión, que la aceleración del medio torna imposible y que la acumulación de imágenes distorsiona.

El destino del derecho sometido a las leyes massmediáticas, será el del ayunador del cuento de Kafka. Si en un principio era el centro de atracción de cuantos concurrían al parque de diversiones, impresionados por su decisión de permanecer sin ingerir alimento, al correr de los días, comenzó a ser inexorablemente olvidado. Por fin, ya nadie se sintió conmovido o atemorizado con su acto, ni tampoco advirtió su muerte y al cabo, sus huesos fueron barridos sin conmiseración.

*"La escena televisiva vive del impulso, mientras que la escena institucional cumple adecuadamente sus funciones si procesa con eficacia los impulsos colectivos... la escena institucional es lenta y sus formas (precisamente formas que hacen posible la existencia de instituciones) son complicadas hasta la opacidad que engendra desesperanza" (Sarilo, 1994: p. 83).*

Esa complicación se torna intolerable y hasta sospechosa, para quien está acostumbrado a la simplicidad de lo inmediato y de lo fugaz.

Sin embargo, el crecimiento vertiginoso de las tecnologías audiovisuales de comunicación, dice García Canclini, determina nuevos modos de informarse, de entender las comunidades a las que se pertenece, de concebir y ejercer los derechos.

Al mismo tiempo, desde la pantalla del televisor, el derecho se convierte, en alguna medida, en un producto que puede consumirse. Y se transforma en tanto de él se apropian quienes lo ven en acción, porque el consumo implica un proceso ritual que resignifica el objeto al cual va dirigido (Douglas, 1990: p. 80).

Este análisis del consumo, *"se ubica en un lugar bien distinto de la denostada compulsión consumista del repertorio de actitudes y gustos que recogen y reclasifican las encuestas del mercado y también del gaseoso mundo de la simulación y el simulacro baudrillardiano"*.

Si al consumir, se accede a bienes simbólicos, quien consume, también piensa, elige, reelabora. El consumo se constituye, pues, en un *"nuevo espacio de lo público"*, mediante la comunicación masiva (García Canclini, 1994: p. 27).

Paradójicamente, entonces, el derecho puede, a través de la televisión, estar a disposición de muchos más potenciales consumidores y producir nuevos sentidos, que no son totalmente aleatorios pero que tampoco están garantizados.

Si en el discurso jurídico es tan importante el papel de quienes lo enuncian desde la autoridad como el de aquellos que se lo apropian al consumirlo, si el derecho está siempre construyéndose, y cada escenario y cada público cambian su contorno, entonces al devaluarse su imagen más tradicional, se abre una esperanza de que un ícono diverso altere el imaginario social de manera imprevisible.

Porque, el espectáculo no es entendido en cada representación como lo espera el director, o como el autor lo soñara. Hay margen para el malentendido, para las reacciones inesperadas, para el sobrentendido desconcertante. El azar, las sorpresas, el interlocutor que nunca fue

pensado como el "otro" al cual se dirigía el mensaje, de pronto y sin aviso, irrumpen y transforman el sentido de la acción y de la palabra.

No hay certeza alguna, no sabemos si el cambio que este maridaje entre derecho y massmedia inevitablemente está produciendo, responderá a nuestros deseos. Pero si, por ceguera, por miedo o por comodidad, optamos por no intervenir en él —y me refiero aquí en especial a los juristas—, consentimos en que sean otros lo que se ocupen del tema y nos autoexcluimos de participar en la decisión del cómo y el para qué estos bienes simbólicos se producen, se distribuyen y se usan. Nos estaremos negando al placer de contribuir a la construcción de un nuevo modo de ejercicio de la ciudadanía.

No deberíamos desoír la advertencia de Alejandro Piscitelli: "*En las redes, la voz del experto ordinario enmudece. Una brillantez que no se comunica se vuelve estupidez. El pensamiento razonable debe bajar a la calle y la calle hoy son los medios*" (Piscitelli, 1995: p. 249).

### **Bibliografía**

**BARBERO, JESUS MARTIN**, "*De los medios a las mediaciones. Comunicación, cultura y hegemonía*", Editorial Gustavo Gili S.A., Barcelona, 1987.

**COURTIS, CHRISTIAN**, "*El derecho en escena*", No hay Derecho, Año V, Número 11, agosto/octubre 1994, Buenos Aires, 1994.

**DOUGLAS, MARY Y BARON ISHERWOOD**, "*EL MUNDO DE LOS BIENES. HACIA UNA ANTROPOLOGIA DEL CONSUMO*", GRIJALBO, CNCA, MÉXICO, 1990.

**FORD, ANIBAL**, PROLOGO EN "*CIBERCULTURAS*" DE ALEJANDRO PISCITELLI, PAIDOS, BS. AS., 1995.

**GARCIA CANCLINI**, "*CONSUMIDORES Y CIUDADANOS CONFLICTOS MULTICULTURALES DE LA GLOBALIZACIÓN*", GRIJALBO, MÉXICO, 1995.

**MARI, ENRIQUE**, "*LA TEORIA DE LAS FICCIONES*" PARTE I (INEDITO), BUENOS AIRES.

**OPENHAIN, MARTIN**, "*NI APOCALIPTICOS NI INTEGRADOS, AVENTURAS DE LA MODERNIDAD EN AMERICA LATINA*", FONDO DE CULTURA ECONOMICA, CHILE, 1994.

**PISCITELLI, ALEJANDRO**, "*CIBERCULTURAS. EN LA ERA DE LAS MAQUINAS INTELIGENTES*". PAIDOS CONTEXTOS. BS. AS., 1995.

**SARLO, BEATRIZ**, *"ESCENAS DE LA VIDA POSTMODERNA. INTELECTUALES, ARTE Y VIDEOCULTURA EN LA ARGENTINA"*, ARIEL, BUENOS AIRES, 1994.

**TABUCCI, ANTONIO**, *"REPORTAJE REPRODUCIDO EN EL SUPLEMENTO CULTURA Y NACION DEL DIARIO CLARIN EN HOMENAJE A BORGES A LOS DIEZ AÑOS DE SU MUERTE"*, CLARIN, BUENOS AIRES, JULIO DE 1996.

## EL NUEVO ESTADO EN EL NUEVO MILENIO

por ALBERTO RICARDO DALLA VIA (\*)

### *I. El Nuevo Estado*

La expresión puede despertar alguna curiosidad y hasta alguna inquietud. ¿Por qué hablar del "Nuevo Estado" y no del Estado, a secas? Hay alguna razón que justifique matizar o distinguir, o —acaso— establecer alguna diferencia sobre un concepto que a la luz de las distintas elaboraciones doctrinarias, de las distintas teorías clásicas elaboradas para fundamentarlo y explicarlo; y a la luz de la experiencia histórica, de su afirmación como fenómeno necesario e imprescindible para la organización social y la distribución del poder, se encuentra ya suficiente y probadamente consolidado.

Para qué, entonces, agregar un vocablo —"nuevo"—, que parecería generar confusión y prevenciones dada su utilización en distintas realidades y tiempos históricos. En la España franquista se habló del "nuevo Estado" para rotular la edificación del orden resultante de la guerra civil y la consiguiente dictadura; asimismo la expresión reconoce otras aplicaciones relacionadas, en general, con re-fundaciones o decisiones post-revolucionarias.

No es ése el sentido al que aquí nos referimos, y por ello nos preocupamos de dejarlo prematuramente aclarado. En nuestro caso, la expresión "Nuevo Estado" consiste en una reafirmación de la idea de Estado en su sentido más tradicional y su mención, más que redundante, nos parece necesaria en la dimensión finisecular, pronta a experimentar el inicio del tercer milenio, con todas sus consecuencias y todo el contexto de ideas, problemas e interrogantes que aquejan a los intelectuales preocupados por la supervivencia del Estado —y del Estado constitucional particularmente— en el milenio pronto a iniciarse.

---

(\*) *Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires.*

Hoy, más que nunca, es necesario reafirmar el Estado, y por eso la expresión adjetiva de acompañamiento se ubica en esta introducción. Posteriormente me referiré al Estado en sentido propio y, particularmente, al Estado de Derecho o Estado constitucional. Parafraseando a **Rudolf von Ihering**, si hay una "lucha por el Derecho" que no deja de tener vigencia, hay también una "lucha por el Estado". La relación entre ambos términos es innegable; incluso para algunos, como **Hans Kelsen**, entre Estado y Derecho existiría una identificación absoluta (1).

El siglo concluye con un tímida revalorización del Estado frente a los agoreros de su final. Parecería que después de hablar tanto de la crisis del Estado, se hubiera arribado a la crisis de todas las crisis; así como después de oír tanto hablar de guerras y de batallas hemos llegado a asomarnos a la madre de todas las guerras y la madre de todas las batallas. Con el Estado el tema es francamente más sencillo cuando se advierte que la crisis forma parte de su propio concepto, como un devenir, no estático sino dinámico. La cuestión también nos recuerda a **Umberto Eco**, cuando dice que después de tanto hablar de crisis, se encuentra en crisis el propio concepto de crisis...

La crisis del Estado finisecular vino de la mano de la globalización. Fue en ese contexto donde se dieron cita agoreros y profetas del "fin de la historia" y de un mundo sin Estados, conformando manifestaciones de una nueva ideología: el "economicismo"; en tiempos donde otra remanida crisis, esta vez la llamada "crisis de las ideologías" llevaba muchos años de instalada y había preocupado muy seriamente a teóricos y filósofos a partir de los años sesenta.

Pero este economicismo globalizado, que propugna la desaparición del Estado o su reducción al *minimum minimorum*, no constituye, en sí misma, una ideología, carece de utopía, de fines y valores; conformando una propuesta de tipo instrumental con base en los mercados. Empero, se acerca al anarquismo en cuanto al Estado se refiere, pero sin compartir la fe en el hombre y la condición humana y sin tener en cuenta que el anarquismo fue sólo una utopía, jamás una ideología, porque la experiencia histórica solamente ha registrado sus fracasos.

La caída del muro de Berlín fue un punto de inflexión y de grandes replanteos en el juego de la política internacional y de las relaciones económicas. Significó también el apogeo de las confusiones conceptuales y de las grandes desorientaciones. Grandes cambios y necesidad de tiempo para absorberlos. Una comprobación: no siempre es posible adelantarse a los hechos. La historia sigue su curso y no hay determinismo sino libre albedrío.

---

(1) KELSEN, Hans, *Teoría del Derecho y del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México.

Una de las manifestaciones más palmarias de esta crisis del Estado finisecular está dada por el problema de la legitimidad; es decir, y siguiendo en esto a **Max Weber**, en la creencia y en la aceptación que tienen los ciudadanos sobre los actos de los gobernantes y la obligatoriedad que entrañan los mismos. En los últimos años, y por distintos motivos, se ha observado con razón que la legitimidad proviene del lado de la sociedad, y no del lado del Estado, que la ha perdido en términos relativos, según se observa en las mediciones generales de opinión y en el desprestigio y mala reputación de que gozan los políticos, evidenciada en procesos como el denominado *mani pulite*, en Italia.

Esa mala reputación se extiende a la Política, en general, y en todos sus aspectos, tanto como actividad de lucha por el poder (faz agonal) como ciencia que se ocupa de la organización de la sociedad en su conjunto (faz arquitectónica). Tal vez la explicación pueda remontarse en parte al origen mismo del concepto de Estado, ligado al autoritarismo monárquico en la concepción clásica de la Ciencia Política atribuida a **Nicolás Maquiavelo**, en tanto que la sociedad se encuentra ligada a la concepción democrática del diálogo racional e igualitario que bien podríamos identificar con **Max Weber**.

En parte esos orígenes que se remontan a la razón histórica explican ese problema de la legitimidad, pero también lo explican aspectos mucho más actuales vinculados con el tipo de relaciones de mercado que se ubican del lado de la sociedad, donde anidan los comportamientos atados a la lógica racionalista.

Desde esta perspectiva resulta explicable, como lo hace **Pedro de Vega**, que corresponda recurrir a la clásica distinción entre *legitimidad de origen* y *legitimidad de ejercicio*, de manera que, si bien los representantes —generalmente políticos de profesión— encuentran legitimidad de origen en las leyes electorales y procedimientos de acceso al poder, la legitimidad de ejercicio, en cambio, es más difícil de alcanzar y depende de la sociedad; en su campo se encuentra y depende de su aceptación (2).

Entran aquí a jugar factores claves como la imagen del candidato, su grado de aceptación general y el papel de los medios masivos de comunicación que intermedian y codifican el proceso de comunicación entre Estado y Sociedad. Destacados autores se han referido con agudeza a este problema, como cuando **Giovanni Sartori** se refiere a la "videopolítica", o cuando **Jiménez de Parga** habla de la "televisación" de la política.

---

(2) DE VEGA GARCIA, Pedro, "Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual", en Working Papers del Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Autónoma de Barcelona, núm. 141/98.

Otro problema clave, desde mi punto de vista, es el referido a la aplicación de una concepción economicista a los problemas de la política. Tiene razón **Ralph Dahrendorf** cuando propone un acuerdo general —destinado a salir de la confusión— acerca del significado de ciertos términos (3). De ese modo, cuando se habla de eficiencia, tiene que advertirse que la idea de eficiencia tiene una connotación muy diferente en el ámbito de la economía, donde significa obtener el mejor resultado con el menor costo y en el menor tiempo; de la idea de eficiencia en el campo del Derecho o en el campo de la Política, donde la cuestión se relaciona con la adecuada protección de determinados derechos o la prosecución de determinados fines o valores.

Ese *economicismo* lleva a la pretensión de regular las relaciones sociales de acuerdo con las reglas del mercado y —aun— de pretender regular la actividad política por las mismas reglas. Aun el derecho es alcanzado por tales concepciones como surge de las corrientes norteamericanas de la "*Public Choice*" y del "*Law & Economics*". La preeminencia que tienen las ideas económicas aplicables como método a otras disciplinas se basa en el éxito relativo que le da a la economía ser una ciencia más "sociológica", mucho más cerca del acontecer cotidiano de la realidad que otras ciencias más formales, como el Derecho, cuyo objeto principal se encuentra en el ordenamiento del orden social.

La visión reduccionista insiste en la lógica del análisis de los problemas políticos y trasciende la cuestión meramente teórica para conllevar en sí la pretensión de regir también la política práctica. En otros términos y en otros contextos, podrá hablarse de una "realpolitik", no fundada esta vez en la razón de Estado ni en el interés nacional, sino, todo lo contrario, en el mercado transnacional, ideal difuso, y por cierto, poco identificable y poco definible.

Si nos retrotraemos en el tiempo, encontraremos que **Aristóteles**, en "*La Política*", utilizaba una cosmovisión naturista en donde los fenómenos de la sociedad política se imbricaban con la concisión biológica, la especulación filosófica —principalmente metafísica— y otros temas que formaban parte de lo que hoy llamaríamos la teoría general del conocimiento y donde dentro de ésta cabría a la política un rol jerárquicamente preponderante y altamente considerado.

A partir de **Maquiavelo**, la política comienza a definirse y a estudiarse como una ciencia con objeto y métodos propios. No solamente el poder es motivo de su preocupación; también lo es el Estado como expresión de la comunidad política y jurídicamente organizada. Comienzan a desarrollarse las grandes aportaciones teóricas; especialmente desde Alemania: **Jellinek, Heller, Kelsen, Weber**, etc.

---

(3) DAHRENDORF, Ralf, "*La cuadratura del círculo*", Fondo de Cultura Económica, México.

Y aquí es donde debo hacer un paréntesis puntual y necesario. La existencia de una "Teoría del Estado" guarda cierta correlación necesaria con la existencia —también— de una "Teoría de la Constitución", correspondiendo ampliar la lista de autores de aportes originales, donde otra vez sobresalen los autores alemanes, sumándose la vertiente anglosajona: **Schmitt, Smend, Lowenstein, Marsall**, entre otros, no pueden estar ausentes en la enunciación; destacando en lo que corresponde a este homenaje, el interés y la preocupación puestos por **Pablo Lucas Verdú** en resaltar el aporte de **Rudolf Smend**, coincidiendo en este aspecto con otro gran constitucionalista español; me refiero a don **Manuel García Pelayo**.

Esa nutriente de la teoría alemana en la fundamentación del Estado y del Derecho Constitucional se "respira" en la obra de **Lucas Verdú**. Me impactó y releo con frecuencia un pequeño y magnífico libro referido al positivismo jurídico en la República de Weimar. Los intentos por fundar una "Ciencia del Derecho" y una "Ciencia Política" no descartaron la necesidad de un elemento subjetivo: *La voluntad de la constitución* (wille zur verfasun) que nuestro justo homenajeado tradujo y consolidó como el "sentimiento constitucional".

Los norteamericanos, que descreen —y desconfían— de considerar al Derecho y a la Política como "ciencias" han hecho del sentimiento constitucional, sin embargo, un dogma práctico. Fuertemente influidos por el realismo de **Roscoe Pound** y sus seguidores, el concepto de Estado no ha merecido sus mayores desvelos y el término (*State*) se ha reservado para designar a cada una de las unidades políticas que conformen la federación, reservándose el vocablo *gouvernement* para designar aquello a que nosotros denominados como el Estado Federal.

En este punto se marcan diferencias del modelo norteamericano con otros Estados federales latinoamericanos y con la República Argentina en particular que, no obstante haber seguido aquel modelo en su diseño constitucional, se nutre del aporte y tradición de su pasado colonial español así como de la recepción que tuvieron las ideas revolucionarias francesas con sus importantes aportes teóricos. La influencia de la teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución ha sido muy marcada en nuestro ámbito académico, recepcionándose categorías propias de la dogmática.

Algunos autores, inclusive, han desarrollado aportes originales, como **Jorge Reinaldo A. Vanossi** con su "Teoría Constitucional"; **Carlos Santiago Nino** con sus "Fundamentos de Derecho Constitucional"; **Genaro R. Carrió** con sus aportes en materia de interpretación constitucional y **Mario Justo López**, desde el área de la Ciencia Política, entre otros varios y destacados autores que han realizado contribuciones teóricas importantes.

En la República Argentina el término Estado se identifica con el Estado Federal, toda vez que es el Pueblo de la Nación (como un todo) el único titular de la soberanía. Las Provincias son en ese sentido, autónomas pero no son soberanas. Esto sin perjuicio de que el uso del término se haya generalizado de manera distorsionada en la práctica, de manera que en muchas oportunidades se habla de "Estado Provincial" y —aun— de "Estado Municipal", que son expresiones muy usuales pero sustancialmente incorrectas.

Todas estas consideraciones, si bien son extensas, no tienen por finalidad dispersar la atención del lector ni alejarse del análisis del tema o asunto principal, sino describir cómo, la ciencia política en general, y la teoría del Estado en particular, fueron definiendo contornos, objetivos y metodologías propias que la especifican y la concretan frente a las primeras formulaciones aristotélicas.

Por esta vía arribaron distintas formulaciones dogmáticas, como aquella que considera los tres elementos que componen el Estado: población, territorio y gobierno y ubican a la soberanía como una "cualidad" (*puissance*), y como aquella otra que distingue entre las "formas de Estado" y las "formas de gobierno"; o la separación del concepto de Estado del concepto de nación; coincidiendo todas las modernas tendencias en basar la legitimidad en el sistema democrático a través de la elección de los representantes por el voto popular y, de modo más reciente, en la ampliación de los canales de participación ciudadana.

Nuestra crítica a los "reduccionismos" economicistas radica en que esta vez, el acotamiento del objeto y método de la ciencia política se identifica con el objeto y método de la ciencia económica, de donde la teoría sobre la política y el Estado, no sólo no se beneficiaría de una cosmovisión amplia, ligada a las consideraciones biológicas, morales y filosóficas, sino que su estudio científico no podría explicarse con reglas propias sino que debe recurrirse a reglas y métodos más aptos, que serían los métodos de análisis utilizados por los economistas.

La escuela de la "Public Choice" pretende la existencia de una elección racional en términos de ventaja-desventaja que daría lugar a comportamientos similares a los que los individuos tienen en el mercado, optando por la alternativa que resulte más ventajosa o conveniente desde la perspectiva del autointerés. Por esa misma vía se pretende arribar a la existencia de una supuesta "racionalidad colectiva".

Varios años atrás, los estudios de **Anthony Downs** en su Teoría Económica de la Democracia (4) pretendían explicar el comportamien-

---

(4) DOWNS, Anthony, "An Economic Theory of Democracia", Harper and Row Publishers, Nueva York.

to racional colectivo frente al voto, tema que ha sido materia predilecta de ocupación de muchos analistas y, más recientemente, como el premio Nobel **Gary Becker**, basan el comportamiento humano —individual y colectivo— en reglas de razonamiento lógicas, similares a las del mercado. No se han reducido esas corrientes de pensamiento al mercado electoral y al de la representación partidaria, sino también se han internado en la propia justificación del Estado y de sus funciones, proponiendo limitarlas al mínimo, y aun, suprimirlo.

No me voy a explayar acerca de todas las tesis y posiciones que han demostrado la inexistencia de una racionalidad colectiva en sí misma y que llevaron al propio **Rousseau** a recurrir a una premisa meramente idealista como la idea de la *voluntad general*, y al análisis de los distintos métodos y técnicas utilizables en una democracia, como la propia “regla de la mayoría”, que tampoco coincide plenamente con el ideal democrático, ni se puede explicar en términos puros de la tan pretendida, buscada e inalcanzable racionalidad colectiva.

Esa falencia, o esa pretensión, ha dado lugar a la aparición ocasional de algunos “intérpretes” de la voluntad popular, bajo cuyo auspicio y albergue han tenido cabida los más oscuros designios. De allí resulta con toda evidencia lo acertado de la apreciación de **Norberto Bobbio**: considerar a la democracia como un conjunto de reglas de procedimiento consideradas valiosas en sí mismas. Revalorizando la máxima kantiana, se trata de un problema de medios y no de fines; por ese camino renace la fe en el futuro de la democracia.

El reduccionismo economicista también ha procurado explicar los fundamentos mismos de la justificación del Estado, de sus funciones, de la obligación política y de la legitimidad. No parecen caber dudas de que en esa visión y en ese aspecto ha influido una fuerte impronta ideológica oculta bajo un pretendido ropaje científico, sostenedora del denominado “neoliberalismo”, que ha impulsado con especial fervor las corrientes del Análisis Económico en la Ciencia Política y en el Derecho. Autores como **Buchanan** y **Tullock** han contribuido a la reformulación de las funciones del Estado y hasta en la reformulación del mismo derecho de propiedad.

El Estado ideal sería una versión renovada del “Estado gendarme”, denominado ahora “Estado mínimo” o “ultramínimo” en términos de **Robert Nozick**. La conducta humana estaría guiada por el “autointerés”, generando reglas de comportamiento colectivo que favorecerían la organización social a través de la competencia en el mercado. La función del Estado y la función de los jueces es sólo la de asegurar la competencia, tratando de que el mercado funcione por sí mismo. La intervención y alteración de ese principio sólo se justificaría ante la presencia de “externalidades” (concepto económico).

Llevada a extremos simplificados, las corrientes de la "Public Choice" y del "Law & Economics" reeditan la fe en la *mano invisible* de **Adam Smith**. Sobre ella no hay tampoco explicaciones racionales que justifiquen su funcionamiento y, especialmente, las distorsiones que genera en términos de monopolios y desigualdades en la distribución de bienes y en la acumulación de capital. Los liberales insisten en la validez de la receta y afirman que nunca se ha tenido la oportunidad de ver funcionar libremente a la Economía de Mercado, permitiendo que ella misma, a la larga, corrija sus propias distorsiones. Llevado a términos absolutos, el reino total del mercado implicaría la desaparición del Estado o su reemplazo por aquél.

En el fondo, la cuestión es tan utópica como lo fue la pretensión marxista de abolir el Estado una vez que el materialismo dialéctico determinara inexorablemente que la "dictadura del proletariado" hubiese concluido su ciclo histórico. En verdad, la Historia, que es el gran laboratorio de las ciencias sociales, ha enseñado que, guste o no guste, el Estado es cuanto menos, un mal necesario, imprescindible para que sea posible la organización social.

Qué tipo de Estado se prefiere es ya una cuestión ideológica. **Vanossi** ha presentado una larga lista de ejemplos: Estado gendarme, liberal, burgués, social, benefactor, de bienestar, empresario, intervencionista, regulador, burocrático-autoritario, aristocrático, etcétera, etcétera; hay recetas para todos los gustos (5); pero de lo que no se ha podido nunca prescindir es de su misma necesidad y existencia como árbitro de las relaciones sociales y asegurador del orden en el territorio, como promotor de las reglas de juego, como garante de las libertades, etcétera.

Por eso es que esta crisis finisecular presenta un desafío mayor al "jaquear" su misma existencia y hablarse del "fin de la historia", el "fin del Estado" y vislumbrar, incluso, una globalización superadora, de contenidos informáticos, electrónicos y financieros, para poder llegar a imaginarnos una realidad virtual de empresas multinacionales rigiendo nuestros destinos.

La pregunta que uno podría formularse es ¿qué nos llevó a esta crisis de la crisis del Estado? y ¿qué justifica y da fundamento a las nuevas teorías? ¿Sobrevivirá el Estado? ¿Cuál será el destino de las constituciones y del Derecho Constitucional?

Adelantaré en parte las respuestas a estos interrogantes, especialmente en cuanto a las últimas formulaciones, porque creo que por

---

(5) VANOSSÍ, Jorge Reinaldo A., "El Estado", Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires.

más importantes e inimaginables que fuesen todas las transformaciones e innovaciones técnicas, no estamos viviendo cambios en la naturaleza humana —que también cambia en alguna medida: evoluciona— pero no de forma vertiginosa ni subrepticia.

El Estado se encuentra ubicado en el plano de la fenomenología, existe porque el hombre existe y porque es, por naturaleza, un ser social. Seguirá existiendo, por principio, más allá de las consideraciones particulares sobre sus características.

Tengo la misma apreciación con respecto a la constitución y al derecho constitucional, ya que si bien existe una diferencia importante en cuanto a su existencia en la historia del hombre, reducida a los apenas algo más de doscientos años desde las grandes revoluciones; me refiero a la norteamericana y a la francesa, y en ese orden, según muy bien lo ha demostrado **Hanna Arendt** en su ensayo "Sobre la Revolución" (6) y reducida aún universo cultural propio y definido que son los países que denominamos "occidentales", ya sea que respondan a la cultura jurídica anglosajona o al denominado "derecho continental" europeo, subyace una raíz romanista común que los identifica.

Pero concedida esa válida salvedad en cuanto al escaso tiempo del constitucionalismo en la historia del hombre, circunstancia que no nos permite calificarlo como un epifenómeno perenne —como el Estado— sino como una creación de la cultura; no obsta ello a observar que en todo caso es un avance en el desarrollo de la civilización que significa una incorporación al patrimonio cultural.

Así también puede señalarse desde un punto de vista antropológico, que si bien el Estado como fenómeno se remonta a las antípodas, su concepción científica, ligada al racionalismo, se encuentra a finales de la Edad Media y en las puertas de la Edad Moderna; es decir, algo más antigua que el constitucionalismo en términos históricos, toda vez que el constitucionalismo descansa sobre ideales democráticos y sobre fundamentos racionalistas originados en el iluminismo y aún no superados, como, por ejemplo, las tesis contractualistas o pactistas que fundamentan la legitimidad de la obligación política.

Siendo entonces la constitución una creación cultural, la misma ha evolucionado con la civilización, al punto tal que hoy existe una asimilación conceptual muy cercana entre la Teoría de la Constitución y la Teoría de la Democracia, de manera que la primera viene a ser el sostén formal —normativo— de aquélla. El tema será desarrollado a posteriori, pero basta señalar que en nuestros días, cualquier ejercicio

---

(6) ARENDT, Hanna, "Sobre la Revolución", Alianza.

de poder constituyente que no respetare a los derechos humanos, no sería considerado legítimo.

Reafirmo por eso la convicción acerca de la subsistencia del Estado y de las constituciones durante el siglo próximo, que algunos autores futuristas han planteado como "la guerra del siglo XXI". No se trata aquí de hacer predicciones ni futurología, tema siempre fácil —por cierto— toda vez que los contemporáneos no tienen la posibilidad de juzgar el futuro —como también tienen mucha dificultad para comprender su propia contemporaneidad— sino, apenas, de tener la certeza sobre el pasado que brinda el conocimiento de la historia, auxiliar indispensable en el ámbito de nuestra especialidad.

Nuestro interés es el análisis intelectual de un verdadero problema de ingeniería constitucional —parafraseando a **Sartori**— no se trata de una pretensión fundacional sino de acercar aportes, reflexiones y puntos de vista a un debate fundamental que, dadas las circunstancias, bien puede considerarse el último gran debate del siglo.

## *II. El entorno del problema: Fortalezas y debilidades*

Habíamos puntualizado "ut supra" que el problema a enfrentar era el de la globalización, que ante esta cuestión se plantea la "reformulación" o el "aggiornamento" del Estado (de ahí la expresión "Nuevo Estado") y —también— de la constitución. Tal vez el primer punto a analizar con profundidad es por qué en este nuevo contexto han cobrado preeminencia las concepciones "economicistas" o reduccionistas que propugnan el fin del Estado o su reducción a la mínima expresión. Se pueden ensayar varias respuestas:

a) Hay una relevancia de lo económico en lo político, de modo que la política internacional se guía por razones de política económica y, también en lo interno, los ciudadanos priorizan sus elecciones económicas al votar; el relevante papel de los ministros de economía es un dato curioso en la materia. Los ministros de economía son, además, y cada vez más, profesionales de la materia.

En la República Argentina, años atrás, los ministros más destacados en el área de hacienda fueron por lo general abogados; en los últimos años tuvo su lugar de aparición una tecnocracia economicista en esa cartera, que no pocas veces resultó fuerte cuestionadora de las restricciones de tipo jurídico y político a su desempeño; a tal punto que se ha llegado a hablar del funcionamiento de la economía como un "piloto automático", que los principales partidos políticos y alianzas se han comprometido a respetar el plan económico para dar tranquilidad a los votantes (y legitimidad a sus aspiraciones políticas) y que, inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya llegado a identi-

ficar el "bien común" de la sociedad argentina con el programa económico.

En lo externo, completando, se observa sin mayores posibilidades de ser contradicho, que las estrategias políticas han sido reemplazadas en muchos casos por estrategias de comercio exterior o de política económica internacional.

b) La caída del muro de Berlín ocurrida el 9 de noviembre de 1989 ha significado el fin de la Guerra Fría, la primacía de los Estados Unidos como primera potencia del orbe y, también con ello, el declamado triunfo del capitalismo sobre el socialismo con la consiguiente deslegitimación de este tipo de regímenes (vg. la Cuba de Fidel Castro). Tal proclamado triunfo llevó a una suerte de "apoteosis" por parte de los pensadores neoliberales, llevando a encuadrar bajo tal rótulo a algunos regímenes que no son tal cosa sino la aplicación de meros programas "de ajuste" dispuestos por los organismos internacionales.

Este nuevo estado de cosas ha llevado a formas más sutiles de dominación en el ámbito internacional que las practicadas en el pasado, toda vez que se propugnó la creación de un imperio de dimensión universal. La nueva situación consiste en ampliar los mercados con la globalización e imponerse en la "competencia" pregonada en ellos a través de las razones o ventajas que surgen del dominio tecnológico, donde los Estados Unidos de Norteamérica llevan también amplias ventajas.

A esa globalización se enfrentan los procesos avanzados de integración como en el caso de la Unión Europea donde se plantea la hipótesis futura de una federación de Estados o —aun— de un Estado regional. La unidad monetaria alcanzada el 1 de enero de 1999 resulta ser un paso fundamental en ese sentido de avance, al ser la moneda una manifestación actual y concreta de la soberanía.

c) El fantasma de la superpoblación mundial es una de las preocupaciones mayores frente al tercer milenio, hasta ahora sin respuesta en las cumbres internacionales, como la Conferencia de El Cairo. Algunos países han adoptado medidas drásticas como la castración y la esterilización y —aún— de limitar por ley el número de hijos a concebir por pareja. En otros casos se discute la legalización del aborto y del control de la natalidad, llevando a debates que tocan cuestiones filosóficas, éticas y religiosas.

Esta grave preocupación que ha hecho renacer las viejas teorías de un economista holandés de la época clásica, conocida como la "ley de Malthus" en honor a su formulador, se entremezcla con la escasez de alimentos en vastas zonas del planeta y hasta con las nuevas preocupaciones ambientalistas sobre los desastres ecológicos de la atmósfera y la

corteza terrestre, que han contribuido a una nueva valoración sobre la administración de los recursos. En ese contexto ganan también partido los economistas entrenados para administrar recursos escasos entre múltiples necesidades al menor costo y en el menor tiempo posible.

No hay duda de que las razones enumeradas en a), b) y c) tienen su importancia y realidad; pero no alcanzan a contravenir la obvia necesidad del Estado y la Constitución. Sirva de ejemplo sencillo y contundente el que la Nación abanderada del capitalismo, los Estados Unidos de Norteamérica, han cumplido más de 200 años con una misma constitución a la que sus ciudadanos respetan con laica religiosidad (valga la redundancia) y, como diría **Lucas Verdú**, con "sentimiento constitucional".

Pero más evidentes y escalofriantes resultan ser las cifras que expresan la desigual concentración de la riqueza en el mundo y que realzan la necesidad de contar con una instancia de distribución más justa, que no puede ser otra más que el Estado; nadie más que el Estado puede arbitrar en los conflictos y relaciones entre capital y trabajo, entre ricos y pobres, no todo puede reducirse a una mera "agencia de seguridad" como propugnara **Robert Nozick** con su Estado "ultramínimo".

Según cifras del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo correspondientes al año 1998, aproximadamente el 20% de la población concentra cerca del 86% de los bienes y servicios existentes a nivel mundial. Se trata de una cifra escalofriante, que nos deja atónitos, perplejos —y furiosos— ante tanta desigualdad, jamás habida en tantos términos, e incrementada en los últimos años bajo la vigencia de la "globalización" y del modelo "neoliberal".

No se trata de considerar a la globalización un mal en sí mismo, como hiciera **James Goldschmidt** años atrás con su libro "La Trampa". Se trata de no caer en el equívoco de creer que la "economía de mercado" o el "libre mercado" suponen una renuncia de la política, como algunos —tal vez interesadamente— entienden, Las plumas al servicio del capital privado, el capitalismo ciego o salvaje y las empresas internacionales no perciben que sólo el Estado tiene legitimidad para el rol de árbitro social y que las empresas no podrían cumplirlo por ser ellas una de las partes.

Los informes más recientes del Banco Mundial han revertido sus anteriores posiciones tecnócratas economicistas, pasando a reivindicar el rol del Estado en un mundo en transformación (7) (en realidad el mundo ha estado siempre transformándose), pregonando un "Nuevo Estado".

---

(7) WORLD BANK, *"El Estado en un mundo en transformación"*, Informe del año 1997. En Argentina el informe fue presentado en el Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano, donde se desarrolló un amplio debate sobre el tema.

...nomado, no burocrático e inserto en el modelo de competencia. Esto es otra cosa. Ahora podemos discutir sobre bases más realistas.

No se trata de reeditar los viejos debates sobre "liberación o dependencia" o la teoría sobre la "sustitución de importaciones" o el "deterioro de los términos del intercambio". Los tiempos han cambiado y no son horas de nacionalismos, proteccionismos o desarrollismos un tanto *demode*. Hay que situar el debate en un campo y terreno justo: el capitalismo, como ideología imperante y como circunstancia no excluyente.

Dentro de ese marco, ¿qué capitalismo queremos? Un capitalismo salvaje o un capitalismo con rostro humano. La opción fue la tapa del libro de un escritor francés, **Michel Albert**, quien propuso las opciones como hipótesis: capitalismo "manchesteriano" o capitalismo "renano". Personalmente creo que somos protagonistas, partes y testigos de esa lucha. Parafraseando otra vez a **Ihering**, la lucha por el Derecho, por Estado y por la Justicia; lucha romántica, idealista e irrenunciable, porque también estoy convencido que en esa lucha nos va también la lucha por la Democracia y por la Libertad (**Bobbio**).

Hace varios años, en los sesenta y en los setenta, tuvo gran influencia en el constitucionalismo iberoamericano la obra de **Maurice Duverger**. En sus "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", obra traducida e introducida a nuestra lengua por el maestro doctor **Pablo Lucas Verdú**, Duverger planteaba allí la estricta correlación que existía entre la Democracia como sistema político y la Economía de Mercado como sistema económico; toda vez que en ambos sistemas la premisa de la acción humana es la libertad, idea que había sido magníficamente desarrollada por **Juan Bautista Alberdi** en su Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de La Plata.

La historia también demuestra la existencia de muchos intentos totalitarios y autoritarios que pretendieron implementar sistemas de Economía de Mercado sin libertad política y que, por supuesto, culminaron en el fracaso.

La globalización nos remite de nuevo al planteo de cómo asegurar la libertad política, la igualdad de oportunidades, el derecho al desarrollo, al progreso y la realización de los Derechos Humanos frente a la omnipotencia del Mercado. He aquí lo que **Ralph Dahrendorff** ha denominado "La cuadratura del círculo".

### *III. Los desafíos del Estado Constitucional frente a la integración y a la globalización*

Toda vez que el Derecho Constitucional es una disciplina vinculada con el racionalismo y al Estado-Nación no deja de ser lógico

que las tendencias a la internacionalización del Derecho, entre las que se ubican los procesos de integración regional y la globalización, impliquen desafíos concretos que muchas veces impactan en las instituciones más arraigadas requiriendo de su revisión y actualización.

Una consideración previa es la de distinguir entre universalización e internacionalización del Derecho; entendiéndose como comprendido en el primer concepto a la aceptación generalizada de valores comunes por encima de las fronteras, como, por ejemplo, el respeto por los derechos humanos, y por el segundo a los acuerdos jurídicos entre Estados que dan lugar a reconocimiento de normas obligatorias (*ius cogens*) en el ámbito internacional.

Dicho esto, cabe también decir que integración y globalización son conceptos de alguna manera antagónicos y ésto constituye la primera dificultad del planteo propuesto.

Los procesos de integración —aun cuando se estén realizando en un contexto de competencia y de ampliación de mercados hacia economías de escala— responden a cierta idea proteccionista y de afinidades políticas y culturales entre los Estados Miembros. De ahí también que estén mucho más cerca del concepto de "constitucionalismo" conocido por nosotros que de la globalización. La experiencia de la Unión Europea es bien demostrativa de la importancia que las decisiones políticas se asienten en normas constitucionales ya sea por la vía de reformas o de nuevas constituciones.

La voz "constitución" puede ser utilizada como sinónimo de estructura, modelo, esquema o diseño y bien puede decirse que en gran medida "constituir" significa "integrar" como lo ha puesto de relieve el destacado economista y académico **Julio H. Olier** cuando habla de la existencia de un principio de integración económica dentro de la Constitución argentina que se explicita por la integración monetaria, la integración fiscal y la integración comercial.

Cuando se constituye la Nación Argentina, en 1853, bien puede decirse que algunos objetivos eran similares a los que hoy nos plantea el MERCOSUR como Unión Aduanera: fijar derechos comunes al comercio exterior y eliminar las barreras interiores al tránsito interjurisdiccional de bienes, mercaderías y personas conformando un solo mercado en el territorio.

Por eso es también que la idea de una "constitución supraconstitucional" (valga la redundancia) de alcance regional es un planteo alejado pero no imposible. En la Comunidad Europea oportunamente se elaboró un informe al respecto conocido como "Informe Oreja" toda vez que su autor fue el Comisario representante por España; **Marcelino**

**Oreja** que planteaba pasos graduales hasta llegar al establecimiento de una Constitución Europea.

Otros autores han insistido con trabajos de doctrina destinados a fundamentar la misma idea, como los elaborados por el profesor **Ian Costantinescu** y otros juristas del Este de Europa. En el reciente Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en Bristol, Inglaterra, durante la conferencia de cierre y en presencia de un miembro de la familia real —el Duque de Edimburgo— el profesor **Louis Favoreau** sostuvo la necesidad de una "constitucionalización" del orden jurídico abarcativa del ámbito comunitario (8).

Las dificultades de un ámbito supraconstitucional no se encuentran por ahora en la existencia de valores comunes aceptados como el "rule of law", la descentralización territorial o el "anclaje democrático" si nos referimos al caso particular de la integración en América Latina, sino más bien en la misma existencia de un "poder constituyente" supranacional o regional, en términos clásicos. En otras palabras, ¿existe acaso un "pueblo europeo" o un "pueblo latinoamericano"?

Con la globalización, en cambio, todo parece ser aún mucho más complicado; y no tanto por razones cuantitativas o de escala, sino por razones cualitativas, de esencia o definición, toda vez que la globalización es, fundamentalmente, una realidad tecnológica, informática y financiera, con un fuerte contenido economicista, no sólo en materia de mercados, sino también, de conceptos.

¿Cómo conciliar todo esto con los objetivos y valores fundamentales del constitucionalismo: asegurar la libertad política, la igualdad de oportunidades y la cohesión social? Sin ánimo de ser pesimista, un sociólogo político y Lord inglés de origen alemán, **Ralph Dahrendorf** ha denominado a este problema "La cuadratura del círculo" (9).

Lo cierto es que tanto economicismo y endiosamiento de la eficiencia como valor supremo nos colocan ante el abismo insondable de la desigualdad, pocas veces tan notable y tan injusta como en nuestros tiempos. Me remito "brevitatis causae" a las últimas mediciones realizadas por las Naciones Unidas del Índice de Desarrollo Humano (IDH) que demuestran un notable aumento de la desigualdad en el mundo,

---

(8) Hemos participado en el referido Congreso realizado a finales del mes de julio, en carácter de relator nacional por Argentina, presentando un trabajo sobre el tema "Límites Constitucionales de las Privatizaciones" que formó parte del Reporte General elaborado por el Prof. David Feldman de la Universidad de Birmingham.

(9) Me refiero al título del libro del mismo autor publicado por el Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

tanto que el 20% de la población consume cerca del 86% total de los bienes y servicios.

El propio Estado, creación previa y necesaria al constitucionalismo, de modo tal que un término resulta impensable sin el otro; resumidos por **Hans Kelsen** en una concepción identificatoria del Estado con el Orden Jurídico; fue también un blanco u objetivo privilegiado de los agoreros de "el fin de la historia" y de un mundo sin Estado; como si algo bueno pudiéramos recordar del anarquismo de **Bakunin** o si seriamente pudiera creerse en la justicia de un mundo gobernado por empresas transnacionales.

En este terreno ha habido una reacción positiva, reflejada en el informe del Banco Mundial 1997 que reivindica a "El Estado en un Mundo en Transformación" como único árbitro entre el capital y el trabajo y como garante del orden y la paz social. Se trata de una versión renovada o "aggiornada" de un Estado al que en definitiva el neoliberalismo redescubre como necesario para la propia subsistencia del sistema. Los economistas encuadran así la reconstrucción del Estado en las denominadas "reformas de segunda generación", expresión algo despectiva que considera como primera generación —desde luego— a las reglas de juego macroeconómicas. El Nuevo Estado enfrenta un difícil desafío: conciliar legitimidad con eficiencia (10).

Desde esta óptica y por extraño que pueda resultar, el problema de la legitimidad política no se centra tanto en la legitimidad del Estado como en la legitimidad de la propia Sociedad. Se ha podido sostener, y con razón, que en la gran querrela histórica que preside el conflicto de legitimaciones en el siglo XIX entre el principio democrático y el principio monárquico, lo que naturalmente late es la tensión primera y elemental entre la Sociedad y el Estado. La Sociedad se vincula con la racionalidad democrática, mientras que el Estado se sigue concibiendo como la expresión viviente de la irracionalidad absolutista.

No deja de ser significativo que la condena del Estado por parte del neoliberalismo, y la consiguiente divinización del mercado y de la Sociedad se haya visto acompañada en la actualidad de ese singular fenómeno enmascarado en la aparición de grupos y poderes privados que han permitido a los sociólogos designar a la sociedad del presente como una sociedad corporativista (11).

---

(10) El informe del Banco Mundial, "El Estado en un Mundo en Transformación", fue presentado en Argentina en agosto de 1997 en el Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano.

(11) En ese sentido es significativa la obra de Robert Dahl sobre la "poliarquía".

Esto supone que la preeminencia que el neoliberalismo confiere a la sociedad frente al Estado y al mercado sobre la política, en términos realistas, es lo que efectivamente se traduce en la consagración de las corporaciones y los grupos de presión.

Como bien observa **Pedro de Vega**, se ha producido un marcado divorcio entre la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio (12).

Mientras la primera se ha ampliado notablemente con la extensión del sufragio y el perfeccionamiento de las leyes electorales, la legitimidad de ejercicio ha ido perdiendo fuerza por la actuación de una opinión pública que no aparece con las características de homogeneidad y racionalidad otrora descritas por **Edmund Burke**, sino más bien como una pluralidad de distintos grupos y factores de poder que llevaron a la observación de **Habermas** de no encontrarnos ante una opinión pública sino ante distintas opiniones o grupos en competencia donde los monopolios informativos adquieren singular relevancia, desbordando los canales habituales de la política y la democracia representativa.

En ese sentido, podríamos también preguntarnos si no hay una contradicción irreconciliable entre la democracia representativa y la participación que origina el renacer de poderes privados, grupos y factores de poder.

Pero como no es nuestra intención caer ni promover el pesimismo, digamos que a esos desafíos que ponen en peligro la libertad y amenazan con sombras de un peligroso autoritarismo eficientista, corresponde oponer la universalización de los valores provenientes del ideario constitucional abriendo un horizonte de redoblada esperanza.

A modo de apretada síntesis, podemos enumerar entre esos valores universalizados a las siguientes manifestaciones:

- a) Los derechos humanos como nueva ética.
- b) La protección del medio ambiente.
- c) La ampliación de la legitimación y la tendencia hacia una plena judicabilidad.
- d) La descentralización territorial como tendencia hacia la autogestión y el autocontrol.
- e) La fuerza normativa de las constituciones.
- f) etcétera.

---

(12) DE VEGA GARCIA, Pedro, "Legitimidad y Representación en la Crisis de la Democracia Actual", Working Papers, Núm. 141, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat Autònoma de Barcelona. 1998.

a) La tendencia a la protección de los derechos humanos no sólo se manifiesta en un proceso de universalización del derecho donde en general las legislaciones han operado una receptividad del derecho internacional en el derecho interno de los países, favoreciendo gradaciones de tipo "monista", sino que también los derechos humanos se manifiestan como un "nuevo iusnaturalismo", legitimador del orden jurídico positivo.

En nuestros tiempos no podría concebirse una constitución que no respetara los derechos humanos. Un profesor alemán, **Kruger**, ha llegado a señalar que en su tiempo era la ley la fuente de legitimación de los derechos y que hoy son los derechos humanos los que legitiman y dan sentido a las leyes.

Esta fundamentación valorativa del derecho marca un ciclo desde la aparición del Estado Moderno que supo fundar el positivismo a partir de una base legitimadora iusnaturalista del propio Estado. Con la crisis de la ley y del positivismo, anunciada ya por autores como **García Pelayo** hace varios años, los derechos humanos se erigen como una fuente de legitimación que alcanzan en Occidente el sentido de una nueva ética.

b) La protección del medio ambiente causa también una impronta de conmoción en todas las legislaciones y se vincula con la ética como nuevo valor o toma de posición ante el derecho mismo. No existe el derecho ambiental como especialidad o rama del derecho, lo que en realidad existe es una nueva visión ambientalista del derecho en su conjunto que se inspira notablemente en una visión "neomalthusiana" del crecimiento demográfico y la necesidad de preservar el hábitat y racionalizar los recursos para las generaciones actuales y futuras.

Semejante impacto se traslada a los fundamentos religiosos y humanistas en problemas como el control de la natalidad y el aborto y, desde luego impacta también en el derecho en sus numerosos aspectos como los límites de la propiedad privada, el rol del Estado y hasta la soberanía de las naciones frente al entorno.

c) La ampliación de la legitimación activa se amplía con fines solidarios a grupos colectivos numerosos en una tendencia progresiva y progresista destinada a la remoción de obstáculos y a la preservación de los intereses de los ciudadanos frente al mercado mismo en la defensa de usuarios y consumidores y a las violaciones antiigualitarias. La tendencia se manifiesta en un mayor acceso a la justicia y a la valoración de la Justicia y del Poder Judicial como árbitro indispensable para garantizar los derechos. Las preocupaciones por el buen funcionamiento judicial van en ese sentido.

d) La descentralización territorial no sólo es un valor propio de los países federales sino de todos los modelos estatales, cualesquiera sean

sus formas de organización. Con vigor es impulsada por los organismos internacionales en los programas de reforma del Estado y llevada a grado de valor fundamental en la Unión Europea. Subyacen principios de solidaridad y de subsidiariedad del Estado vinculados con acercar las decisiones y el control sobre las mismas al autocontrol y la autogestión por parte de los ciudadanos de sus propios intereses.

e) Finalmente, en esta enumeración no taxativa queremos referirnos a la tendencia advertida en el derecho Constitucional de reconocer fuerza operativa a los textos constitucionales, como normas jurídicas aplicables en los Tribunales, más allá de su importancia como conjunto de valores orientadores en lo político o como programas. En el derecho europeo la tendencia se incrementa a partir de la postguerra y sobresalen los aportes de **Konrad Hesse** acerca de "la voluntad de la constitución" (wille zur verfassung) como característica operativa del texto, superando la vieja distinción entre categorías normativas de cláusulas formulada anteriormente por **Carl Schmitt**.

En España, se advierten referencias en idéntico sentido en los trabajos de **Pablo Lucas Verdú** que mencionan la existencia de un "sentimiento constitucional" y el importante trabajo de **Eduardo García de Enterría** titulado "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional".

Entre nosotros, se destaca el muy valioso aporte del maestro **Germán Bidart Campos** en su obra "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa" donde enfatiza el carácter directamente aplicable de las normas constitucionales, permitiendo que los principios legitimadores del derecho universalizado sobre fundamentos éticos humanistas pueda invocarse plenamente ante los Tribunales de Justicia sin mengua de los ápices procesales frustratorios y de normas reglamentarias, sancionadas o no sancionadas que impiden el pleno goce y ejercicio de los derechos (13).

Será mera globalización o será la universalización del derecho, sin perjuicio de los valores y tradiciones constitucionales autóctonas. La puja está planteada, como desde el comienzo mismo de los tiempos. No estamos ante "el fin de la historia" sino en la misma lucha por el Derecho y la Justicia. No se trata solamente de la preservación del constitucionalismo —que al fin y al cabo parecería ser una mera preocupación teórica de profesores— sino de algo más que ello. Parafraseando a **Norberto Bobbio** se trata de El Futuro de la Democracia frente a las tentaciones eficientistas autoritarias.

---

(13) BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, EDIAR, Buenos Aires.

Entre los organismos internacionales de primera importancia en "representar" el papel del Estado en todo el mundo, cabe destacar su papel de diseño y de elaboración de las normas y leyes de juego para que el mecanismo tenga un funcionamiento posible. En todo caso y en alguna hipótesis, se trata de un "mal necesario" para que el Estado funcione. Parafraseando la definición por la negativa podría recordarse a **Churchill** cuando afirmaba que la democracia era la peor de las formas de gobierno, con exclusión de todas las demás.

Para lograr que el Estado participe en forma más creíble y eficaz en los procesos de desarrollo de cada país, el informe del **Banco Mundial** de 1997 recomienda una "doble estrategia" consistente en a) acomodar la función del Estado a su capacidad y b) aumentar la capacidad del Estado mediante la revitalización de las instituciones públicas.

Para acomodar la función del Estado a su capacidad se recomienda asentar bien los cimientos a través de: el establecimiento de un orden jurídico básico, el mantenimiento de un entorno de políticas no distorsionantes, incluida la estabilidad macroeconómica, la inversión en servicios sociales básicos y de infraestructura, la protección de los grupos vulnerables y la defensa del medio ambiente en tanto que para revitalizar las instituciones estatales se recomiendan normas y controles eficaces, más competencia, y consulta y participación ciudadana; concluyendo en que un buen gobierno no es un lujo, sino un artículo de primera necesidad para el desarrollo (14).

Estas recomendaciones dirigidas a los países en desarrollo que, con frecuencia, reciben las "recetas" de los organismos internacionales nos permiten sacar conclusiones sobre el fin del Estado cuando concluye el siglo y sobre sus perspectivas para la nueva centuria.

La primera de ellas es que tales recomendaciones se inscriben en un contexto ideológico de defensa del modelo neoliberal y de la globalización, competencia y apertura de los mercados, donde subsistiría *prima facie* la crítica marxista al Estado como instrumento de dominación o de opresión de las clases burguesas o acomodadas de la sociedad sobre las clases marginadas. Podría oponerse a esto la reducción del proletariado en los términos conocidos por Marx en su tiempo, en Alemania e Inglaterra y de donde resulta que sus predicciones no fueron cumplidas.

Sin embargo, y dejando de lado el análisis futuroológico realizado con el método de la dialéctica histórica que no pretendemos criticar

---

(14) op. cit.

aquí; si queremos puntualizar que las modificaciones producidas en lo que se denomina el "proletariado" en los países en desarrollo, especialmente en los Estados Unidos y la Unión Europea, donde su nivel de vida y posibilidades de desarrollo está muy arriba de las negativas predicciones marxistas, se opaca severamente al advertir el número importante de "marginados" o "excluidos" del sistema en esas mismas sociedades (15).

Tal vez por ese motivo, y toda vez que no parecen advertirse cambios conceptuales sobre el Estado en ese sentido es que la segunda observación resultante de las referidas "recomendaciones" es que en todo caso las mismas reafirman la existencia y necesidad del Estado, más allá de su valoración por la negativa como "mal menor" o como "artículo" de primera necesidad, donde subyace —otra vez— el prejuicio economicista.

La cuestión vuelve a plantearse en una necesidad de conciliación entre ambos términos: **legitimidad y eficacia**. De donde el problema que se nos presenta ronda en la idea de "eficiencia" y lo que ella significa en el campo económico como óptima manera de alcanzar rápidamente los objetivos propuestos en el menor costo posible, frente a la eficiencia en materia jurídica y política que se refiere precisamente a lograr la realización de los valores consagrados en el texto constitucional de cada Estado.

La confusión de conceptos también se refleja cuando en la actualidad se habla de realizar las denominadas "reformas de segunda generación" en los países en desarrollo o aquellos que se encuentran en procesos de "Reforma del Estado" (en realidad se trata de reformas de la Administración). Las reformas de segunda generación, así entendidas, son las que requieren de actuación por parte del Estado, como la salud y la educación; entre tanto se reserva la "primera generación" de reformas para las que se realizan en el campo económico y principalmente, macroeconómico.

Este dilema se asemeja en parte al recordado informe de **Huntington** a la Trilateral Comisión, en el que advertía que una idea de mayor "Gobernabilidad" incidiría de manera inversamente proporcional a la idea de "representación popular" (legitimidad), siendo que normalmente, la idea de eficacia o de eficiencia es asociada con el Poder Ejecutivo. Esto dicho, sin dejar de advertir que el propio autor se refirió a la nueva oleada de democratización de los Estados occidentales a partir de los años setenta y ochenta, identificando la noción de Estado con Estado-democrático (16).

---

(15) DE JASSAY, Anthony, *El Estado. La Lógica del Poder Político*, Alianza.

(16) HUNTINGTON, Samuel, "La Tercera Ola", Alianza.

Todas estas observaciones, empero, dejan de lado una función *in*-delegable que es la del Estado-árbitro o Estado-distribuidor, que *no* debe ser puesta en segundo plano aun cuando en la actualidad *aparezca* ensombrecida por cuestiones de ideología economicista. Allí *está*, en potencia, la dimensión estatal vinculada con la justicia y con los valores alcanzados por el constitucionalismo occidental en su larga lucha por la libertad, la igualdad y la justicia social.

La creciente desigualdad marca esa tendencia y esa necesidad con evidencia de donde no resulta minimizarlo a un papel ideológico *parcializado* reviviendo las críticas del Estado como instrumento de dominación. Es en su imparcialidad, citando a **Rawls**, donde aparece su función esencial morigerando el conflicto, no hacia la solución que indique el mercado, sino a la que resulte más conveniente desde el punto de vista de la solidaridad social, sin por ello menoscabar la libertad ni la libre iniciativa individual (17).

El próximo milenio enfrentará grandes desafíos vinculados con la limitación de acceso a los bienes y servicios y con el desmedido crecimiento de la población mundial que obligarán a la adopción de políticas reguladoras e intervencionistas. Una adecuada doctrina sobre el objeto y fin del Estado contribuirá a que tales restricciones no se concentren sobre las libertades individuales y políticas, favoreciendo al libre mercado en lo económico. En realidad el buen mercado necesita de una regulación adecuada que preserve la responsabilidad social.

La reforma constitucional argentina de 1994 ha reforzado en buena medida el tramo ideológico proveniente del denominado "constitucionalismo social", sin desmedro de la ideología clásica o liberal del pensamiento constitucional de 1853. Esta cuestión se ha criticado en mi país porque al momento de la reforma se estaba atravesando una etapa de reforma económica hacia un modelo de inspiración neoliberal o de "ajuste". Creo, sin embargo, y así lo he sostenido con insistencia, que la afirmación de los principios basados en la solidaridad social se inserta en el techo ideológico, no como vuelta atrás, a la etapa superada del Estado intervencionista, sino como forma de elección de una opción de capitalismo con "rostro humano" (18).

La Constitución, por su parte, que acompaña al Estado en sus grandes derroteros como parte inescindible del Estado de Derecho, dándole su fundamentación normativa y guiando sus objetivos; está

---

(17) RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.

(18) DALLA VIA, Alberto Ricardo, *El Ideario Constitucional Argentino*, publicado en la Revista Jurídica La Ley del 12 de junio de 1995.

sometida, en parte, a las mismas peripecias e incertidumbres, a las que agrega las cuestiones específicas de técnica jurídica.

En este último sentido, tal vez sea uno de los mayores desafíos frente al próximo milenio, la fundamentación constitucional de las Uniones regionales, bajo la forma de varios Estados (confederación) o tal vez, bajo el proyecto de conformación de un solo Estado (federación) como han existido algunos proyectos en el ámbito comunitario europeo y que bien pueden transmitirse a la cultura jurídica iberoamericana en general.

Tal vez la cuestión parezca muy lejana, pero no lo es tanto cuando se la piensa y se la ubica en términos de milenios. Creo que la constitución y el Estado continuarán los mismos derroteros que hoy los mimetizan e identifican en un proceso cultural y racional progresivo bajo la denominación del Estado democrático de donde la separación de ambos términos, como ocurrió hace más de doscientos años implicaría, necesariamente una vuelta atrás, a Bizancio y a los bárbaros como se ha predicho con insistencia en una visión pesimista que no comparto.

La evolución de sus formas y sus adaptaciones seguirán dependiendo, en todo caso, y como lo enseñara **Max Weber** de la soberanía popular que los fundamente, en la medida en la que la misma responda a su esencia más pura: la creencia en una determinada legitimidad.

## HACIA UNA SOLUCION GLOBAL DE LA CUESTION DEL EMBLEMA

por FRANÇOIS BUGNION

Director de Derecho Internacional y de Comunicación  
del Comité Internacional de la Cruz Roja

En el transcurso de los conflictos y de los años, millones de víctimas de la guerra o de catástrofes naturales —heridos, náufragos, prisioneros, refugiados o siniestrados— han visto en el emblema de la cruz roja o la media luna roja una protección contra la violencia de los combates o la arbitrariedad del enemigo, una mano caritativa en medio del infortunio general y el rayo de esperanza de una fraternidad reencontrada.

Y sin embargo, estos símbolos —que sirven a la vez de emblemas protectores de los servicios sanitarios militares y civiles en tiempo de guerra, así como de signos distintivos de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja— han dado lugar, desde su adopción, a dificultades recurrentes y a debates casi continuos, guiados generalmente por un auténtico espíritu de tolerancia y por la voluntad de hallar soluciones, pero lastrados asimismo por legítimas frustraciones y dominados a veces por reacciones emocionales y por la incomprensión.

Desde hace algunos años, el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja lleva a cabo nuevas consultas a propósito de sus emblemas, en unos momentos en que la evolución de la constelación política permite vislumbrar soluciones innovadoras, inimaginables hasta hace poco.

El presente artículo tiene por objeto analizar la situación jurídica vigente y esbozar la solución que parece actualmente perfilarse en el marco de las deliberaciones en curso. Antes de abordar el porvenir conviene, no obstante, recordar las circunstancias en que se adoptaron los emblemas de la cruz roja y la media luna roja y los parámetros de la problemática actual. No se puede, en efecto, comprender la cuestión del emblema si se hace abstracción del peso de la historia.

## Reseña histórica

### I. Las Conferencias de Ginebra de 1863 y 1864

La fundación de la Cruz Roja y la aprobación del primer Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 no fueron sólo el fruto del desarrollo de la conciencia social y de la filantropía, que florecieron en la segunda mitad del siglo XIX. Fueron también consecuencia directa de un perfeccionamiento fulgurante de las armas de fuego. En el transcurso de un decenio, la construcción de estas armas experimentó más que durante los tres siglos precedentes. El empujamiento por parte del ejército aumentó considerablemente la cadencia de tiro, permitiendo que la generalización de los cañones estriados permitiera aumentar la velocidad inicial de los proyectiles, incrementando otro tanto su alcance y la violencia del impacto. Por último, las balas cilíndricas con rebabas que fragmentaban los huesos, causaban lesiones muchísimo más graves que las que ocasionaban las balas esféricas usadas hasta entonces. Asimismo, los obuses cilíndricos llevaban cargas explosivas mucho mayores y más devastadoras que las balas de cañón de antaño (1).

Esto ocasionó un dramático incremento del número de heridos y de muertos, así como de la gravedad de las heridas, cuyas consecuencias se vieron en las guerras de Crimea (1854-1856) y de Italia, especialmente en Magenta y Solferino (1859), así como, poco después, en la guerra civil norteamericana (1861-1864).

Pero el aumento de la potencia de fuego de la artillería y de la infantería no tenía como único efecto multiplicar el número de muertos y de heridos, sino que impedía también recoger a los heridos durante los combates. El inspector médico Lucien Baudens, testigo del interminable sitio de Sebastopol, comprobó en varias ocasiones que los médicos y los camilleros que pretendían socorrer a los heridos eran tiroteados por un beligerante u otro. Fue también el primero en proponer un medio sencillo y práctico para evitar que se repitiesen estos errores al proponer, en un artículo publicado en febrero de 1857 en la *Revue des Deux Mondes*, que se adoptara un signo distintivo único para el personal sanitario de todos los países.

*"Caminando por el valle [de la Tcherniaia], se ve a la izquierda las rampas de Mackensie, auténticas murallas rectas e inaccesibles. En el centro, una depresión parecía permitir el asalto si no estuviera protegida atrás por tres elevaciones del terreno superpuestas. Esos declives eran*

---

(1) Jean Guillermand, "La vision de la guerre de Crimée du médecin inspecteur Lucien Baudens", *Préludes et pionniers, les précurseurs de la Croix-Rouge* Roger Durand et Jacques Meurant (dir.), Sociedad Henry-Dunant, Ginebra, 1991, pp. 159-176, en p. 159.

... batallas de cañones que habían emplazado los rusos; desde ellas  
... disparaban las baterías (...) que se distinguieron tristemente, tras la  
... batalla de Traktir, disparando contra los médicos y los enfermeros que  
... ayudaban y retiraban a los heridos rusos. Lo mismo había ocurrido tras  
... la Batalla de Inkerman. El Gobierno ruso desaprobó abiertamente estos  
... actos de barbarie (...) Estos errores resultarían imposibles si, por mutuo  
... acuerdo de las naciones, los médicos y el personal hospitalario llevaran  
... un signo distintivo, idéntico en todos los ejércitos y en todos los países,  
... que permitiera reconocerlos fácilmente a las dos partes" (2).

Desgraciadamente, esta propuesta no tuvo eco y Baudens murió poco después a consecuencia de las enfermedades que había contraído en Crimea. Privada de su mejor abogado, esta generosa idea cayó pronto en el olvido (3).

"Simple turista" como era, Henry Dunant no tenía ningún conocimiento del arte militar ni de la cirugía de guerra cuando el azar lo llevó a las inmediaciones de Solferino la tarde de la sangrienta batalla del 24 de junio de 1859. Pero no dejó por ello de advertir las consecuencias de las nuevas armas de fuego que habían usado ambas partes (4). Testigo del espantoso número de heridos y del abandono en que los habían dejado, no desaprovechó la oportunidad para proponer dos medidas, que debían transformar la asistencia a las víctimas de la guerra: la fundación de Sociedades de Socorro a los Militares Heridos, que debían movilizar los recursos de la caridad privada y, promover la aprobación de un Convenio que protegiera a los heridos en el campo de batalla y a todos los que se esfuerzan en socorrerlos (5). La primera de estas propuestas dio lugar a las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que existen actualmente en 176 países; la segunda, a los Convenios de Ginebra, a los que se han adherido 188 Estados.

---

(2) "Une mission médicale à l'Armée d'Orient", *Revue des Deux Mondes*, XXVII año, número del 15 de febrero de 1857, pp. 876-908, en pp. 881-882; Guillemand, *ibid.*, p. 170.

(3) Guillemand, *ibid.*, p. 173.

(4) "Simple turista, totalmente ajeno a este gran combate, tuve el privilegio, por un concurso de circunstancias particulares, de poder asistir a las emotivas escenas que estoy decidido a describir". J. Henry Dunant, *Un Souvenir de Solferino*, Imprenta Jules-Guillaume Fick, Ginebra, 1862, p. 5. (El Instituto Henry-Dunant y las Ediciones Slatkine Reprints han reeditado, por procedimiento fotomecánico, la edición original, seguida del facsímil del manuscrito autógrafo de la séptima edición, con una introducción de Roger Durand y Philippe Monnier y un preámbulo de Jean-Pictet. Instituto Henry Dunant y Slatkine Reprints. Ginebra, 1980, XVII, 115 y 65 páginas.

(5) *Ibid.*, pp. 101 -102 y 113.

¿Conocían Henry Dunant y los otros fundadores de la Cruz Roja el artículo del doctor Baudens, publicado unos años antes? No es imposible, pero nada, que sepamos, permite demostrarlo.

Sea lo que fuere, ya en su primera reunión, el 17 de febrero de 1863, el Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos —el futuro Comité Internacional de la Cruz Roja— se fijó como uno de sus objetivos fundamentales la adopción de un signo distintivo uniforme, tanto para los servicios sanitarios de los ejércitos como para los voluntarios de las Sociedades de Socorro a los Militares Heridos, cuya creación había propuesto Dunant:

*"Por último, convendría aprobar un signo, un uniforme o un brazal, para que quienes se presenten con tal distintivo, adoptado universalmente, no sean rechazados."* (6)

La idea de un signo único, adoptado en todos los países, reaparecía en el artículo 9 del Proyecto de Concordato, que el Comité Internacional preparó con miras a la Conferencia de 1863, que dio origen a la Cruz Roja:

*"Los enfermeros voluntarios llevan un uniforme o un signo distintivo idéntico en todos los países. Su persona es sagrada y los jefes militares les deben protección".* (7)

Así pues, la función protectora del emblema estuvo estrechamente ligada, desde el principio, a su universalidad.

En el transcurso de los debates, el doctor Appia, miembro del Comité, relanzó la idea de adoptar un signo distintivo uniforme y propuso un brazal blanco:

*"El doctor Appia insiste en la importancia de un signo distintivo internacional y solicita que se añada en el primer párrafo: 'La Conferencia propone un brazal blanco en el brazo izquierdo. No hay que privarse de la influencia que pueda ejercer un símbolo, cuya simple vista despierte en el corazón, como la bandera en el soldado, el espíritu de servicio, que*

---

(6) Jean S. Pictet (dir.), "Documents inédits sur la fondation de la Croix-Rouge, Procès-verbaux du Comité des Cinq", *RICR*, N° 360, diciembre de 1948, pp. 861-879, en p. 866; *Procès-verbaux des séances du Comité international de la Croix-Rouge, 17 février 1863 - 28 août 1914*, Jean-Francois Pitteloud (dir.), CICR y Sociedad Henry-Dunant, Ginebra, 1999, p. 18.

(7) *Compte rendu de la Conférence internationale réunie à Genève les 26, 27, 28 et 29 octobre 1863 pour étudier les moyens de pourvoir à l'insuffisance du service sanitaire dans les armées en campagne*, Imprenta Fick, Ginebra, 1863 (en adelante: *Compte rendu 1863*), p. 16.

“En este caso se consagraria a una idea generosa por excelencia, a una idea que interesa a toda la humanidad civilizada” (8).

Por motivos que no constan en acta, la Conferencia decidió aceptar la propuesta del doctor Appia, pero agregando una cruz roja al brazal blanco. En el acta sólo se dice que:

“... tras algunas deliberaciones, se aprueba la propuesta del señor Appia modificada en el sentido de que el brazal blanco llevará una cruz roja” (9).

Así se llegó a la resolución 8 de la Conferencia, que sienta el principio de la uniformidad del signo distintivo de los enfermeros voluntarios:

“Lleven en todos los países, como signo distintivo uniforme, un brazal blanco con una cruz roja” (10).

En esta misma Conferencia, el doctor Brière, delegado de Suiza, propuso que se adoptara una bandera idéntica para la protección de los servicios sanitarios de las fuerzas armadas. Haciéndose eco de esta propuesta, la Conferencia expresó el deseo de que se aceptara un signo distintivo idéntico para el personal sanitario de todos los ejércitos. Como no se logró tomar una decisión, se aprobó la siguiente recomendación:

“Que un signo distintivo idéntico sea admitido para los cuerpos sanitarios de todos los ejércitos o, por lo menos, para las personas de un mismo ejército agregadas a este servicio.

“Que una bandera idéntica sea también adoptada, en todos los países, para las ambulancias y los hospitales” (11).

Con el fin de convertir estas recomendaciones de la Conferencia de 1863 en un instrumento de derecho internacional, el Gobierno suizo

---

(8) *Compte rendu 1863*, p. 118.

(9) *Compte rendu 1863*, p. 119.

(10) *Compte rendu 1863*, p. 148; *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, Comité Internacional de la Cruz Roja y Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 13ª ed., Ginebra, 1994 (en adelante: *Manual*), p. 626; Dietrich Schindler y Jirí Toman (dirs.), *Droits des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Comité Internacional de la Cruz Roja e Instituto Henry Dunant, Ginebra (en adelante: *Droits des conflits armés*), 1996, p. 339.

(11) *Compte rendu 1863*, p. 149; *Manual*, p. 627; *Droit des conflits armés*, p. 339.

convocó una Conferencia Diplomática, que se reunió el mes de agosto de 1864 en Ginebra. El proyecto de convenio, redactado por el CICR, que sirvió de base a las deliberaciones de la Conferencia Diplomática preveía asimismo la adopción de un signo distintivo uniforme, (12) propuesta que fue aprobada. Se llegó así al artículo 7 del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864:

*“Se adoptará una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, las ambulancias y las evacuaciones, que en todo caso irá acompañada de la bandera nacional. También se admitirá un brazal para el personal considerado neutral, pero la entrega de este distintivo será de la competencia de las autoridades militares.*

*La bandera y el brazal llevarán una cruz roja sobre fondo blanco.”* (13)

Así pues, la adopción de un signo distintivo uniforme se evidenció, desde un principio, como una de las condiciones esenciales de la inviolabilidad de los servicios sanitarios de los ejércitos, de las ambulancias y de los enfermeros voluntarios.

Por razones que no se juzgó necesario mencionar en el acta de la Conferencia de octubre de 1863, se eligió el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco. Los documentos contemporáneos de la Conferencia —al menos los que conocemos— no nos aclaran los motivos de esta elección. Sólo podemos hacer conjeturas.

La bandera blanca se ha reconocido desde siempre como el signo distintivo del parlamentario o de quien se rinde. Estaba prohibido abrir fuego contra el que la enarbolaba de buena fe. La añadidura de una cruz roja le confería una significación suplementaria: el respeto debido a los heridos y a todos los que los socorren. Se trataba, además, de un signo fácil de confeccionar y reconocible sin dificultad a distancia por sus colores contrastados (14).

---

(12) *Compte rendu de la Conférence internationale, pour la neutralisation du Service de Santé militaire en Campagne, réunie à Genève du 8 au 22 août 1864*, ejemplar autografiado en la biblioteca del CICR (en adelante: *Compte rendu 1864*), Annexe A, art. 9. Este informe se reproduce en *Nouveau Recueil général de Traités*, publicado por G. F. de Martens, vol. XX, pp. 375-399.

(13) *Compte rendu 1864*, Annexe B, art. 7; *Manual*, fuera de texto, frente a la p. 21; *Droits des conflits armés*, p. 343.

(14) Desde tiempos inmemoriales hay constancia del signo de la cruz en diferentes civilizaciones. Está generalmente considerado como un símbolo del ser humano y de su posición en el mundo, en el que el travesaño horizontal significa los brazos extendidos en dirección de sendos puntos cardinales (relación con el mundo), mientras que el eje vertical simboliza la relación con la divinidad. Los primeros cristianos adoptaron este símbolo, que es muy anterior al cristia-

Puesto que el emblema ha de ser la manifestación visible de la neutralización de los servicios de sanidad de las fuerzas armadas y de la protección que así se les garantiza, se aprobó un signo formado por intervención de los colores federales suizos. De hecho, Suiza se beneficiaba de un estatuto de neutralidad sólidamente arraigado en una práctica secular y refrendado en los Tratados de Viena y de París de 1815, que pusieron término a las guerras napoleónicas.

Nada hace suponer en los trabajos preparatorios, que se tuvo la menor intención de conferir una significación religiosa a este signo distintivo de los servicios sanitarios de los ejércitos, ni que la Conferencia de octubre de 1863 fuera consciente de adoptar un emblema al que podría atribuir una connotación religiosa, puesto que la institución que se pretendía crear debía precisamente trascender las fronteras nacionales y religiosas.

En todo caso la Europa del siglo XIX se consideraba el centro del mundo e indudablemente no se pensó que la adopción de la cruz roja pudiera suscitar controversias cuando la institución franqueara los límites del Viejo Continente. Pero, de hecho, no tardaron en surgir las dificultades.

## **2. El conflicto entre Rusia y Turquía de 1876-1878**

Durante la guerra ruso-turca de 1876-1878, el Imperio Otomano, que se había adherido el 5 de julio de 1865 —sin formular reservas— al Convenio de Ginebra de 1864, declaró unilateralmente, mediante una nota fechada el 16 de noviembre de 1876, que, aunque respetaba el sino de la cruz roja que protegía a las ambulancias enemigas, adoptaría en adelante el signo de la media luna roja sobre fondo blanco para proteger sus propias ambulancias. La Sublime Puerta afirmaba que, "hasta el presente, Turquía se había visto paralizada en el ejercicio de los derechos derivados del Convenio por la naturaleza misma del signo distintivo del Convenio, que hería las susceptibilidades del soldado musulmán" (15).

Esta declaración unilateral dio lugar a un importante intercambio de correspondencia entre el Imperio Otomano, Suiza, que actuaba en su

---

nismo, y lo identificaron con el instrumento de suplicio de Cristo, aun cuando esta construcción tenía habitualmente la forma de † ya que la prolongación del eje vertical por encima del travesaño horizontal no desempeñaba ningún papel en la ejecución del reo.

(15) Despacho de la Sublime Puerta al Consejo Federal suizo, 16 de noviembre de 1876, *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, N° 29, enero de 1877, p. 36.

enmienda de Estatuto Adipositorio del Convenio, y los otros Estatutos Par  
nes en este. Finalmente, sólo se aceptó el signo de la media luna roja  
como provisional, provisionalmente mientras durase la guerra en curso (16)

Al mismo tiempo, se reconstituyó en Constantinopla —y adoptó el  
emblema de la media luna roja— la Sociedad Otomana de Socorro a  
los Heridos, cuya fundación había anunciado el CICR el 8 de agosto de  
1868, y que, según la documentación conservada en los archivos del  
CICR, usó inicialmente el signo de la cruz roja (17). Al informar a las  
otras Sociedades de la reconstitución de la Sociedad otomana, el CICR  
señalaba que la sustitución del signo de la cruz roja por el de la media  
luna roja ponía a esa Sociedad "en una situación irregular por lo que  
añade a sus relaciones con las demás Sociedades de Socorro a los He-  
ridos" (18).

### **3. Las Conferencias de la Paz (La Haya, 1899 y 1907) y la Con- ferencia de Revisión de Ginebra de 1906**

En las Conferencias de la Paz de 1899 y de 1907, así como en la  
Conferencia de Revisión de Ginebra de 1906, las delegaciones del Im-  
perio Otomano, de Persia y de Siam pidieron el reconocimiento de  
emblemas particulares para señalar las ambulancias y los barcos hos-  
pitales de estos tres países, a saber, la media luna roja para el Imperio  
Otomano, el león y sol rojos para Persia y la llama roja para Siam.

Para subrayar que el emblema protector no tenía significación re-  
ligiosa, la Conferencia de 1906 aprobó un nuevo enunciado al respec-  
to, en el que se recordaba que este emblema se había formado invir-  
tiendo los colores de la bandera suiza:

*"En homenaje a Suiza, se mantiene el signo heráldico de la cruz roja  
sobre fondo blanco, formado por inversión de los colores federales, como  
emblema y signo distintivo del servicio sanitario de los ejércitos"* (19).

---

(16) Despacho del Consejo Federal suizo a la Sublime Puerta, 2 de junio de  
1877, *ibid.*, N° 31, julio de 1877, pp. 90-91.

(17) Cartas de Dicran Péchedimaldji a Gustave Moynier, 17 de agosto al 12  
de noviembre de 1876, Archivos del CICR, Fondos antiguos, carpeta de corres-  
pondencia recibida.

(18) Circular del 30 de abril de 1877, *Bulletin international des Sociétés de  
Secours aux Militaires blessés*, N° 30, abril de 1877, p. 39.

(19) Art. 18, Convenio de Ginebra del 6 de julio de 1906, *Actes de la Confé-  
rence de Révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, Imprenta Henry  
Jarrys, Ginebra, 1906, p. 286; *Droits des conflits armés*, p. 373.

Sin embargo, las Conferencias de La Haya de 1899 y de 1907, así como la Conferencia de Ginebra de 1906, autorizaron a los Estados que lo desearan a hacer reservas sobre la cuestión del emblema protector. El Imperio Otomano y Persia aprovecharon esta oportunidad y formularon sendas reservas relativas a la media luna roja y al león y sol rojos, respectivamente, mientras que Siam renunció a hacer uso de esta posibilidad (20).

#### **4. La Conferencia Diplomática de 1929**

En 1929 se revisó de nuevo el Convenio de Ginebra para tener en cuenta las enseñanzas de la I Guerra Mundial. Con tal motivo, los delegados de Turquía, de Persia y de Egipto insistieron en que se reconocieran los emblemas de la media luna roja y del león y sol rojos y subrayaron que estos emblemas ya se habían utilizado de hecho y que este uso no había encontrado objeción. Se había convertido en un hecho consumado (21). Tras un prolongado debate, la Conferencia decidió satisfacer la demanda de estos tres Estados, pero, preocupada por evitar la proliferación de los emblemas protectores, limitó las excepciones a los tres países que habían solicitado el reconocimiento de unos emblemas que sus fuerzas armadas ya usaban efectivamente.

Se llegó así al artículo 19 del Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña del 27 de julio de 1929:

*“En homenaje a Suiza, se mantiene el signo heráldico de la cruz roja sobre fondo blanco, formado por la inversión de los colores federales, como emblema y signo distintivo del Servicio Sanitario de los ejércitos.*

*Sin embargo, para los países que emplean ya, en lugar de la cruz roja, la media luna roja o el león y sol rojos sobre fondo blanco como signo distintivo, se admiten igualmente dichos emblemas a los fines del presente Convenio.” (22)*

---

(20) *Conférence internationale de la Paix*, La Haye, 18 mai - 29 juillet 1899, Ministerio de Asuntos Exteriores y Martinus Nijhoff, nueva edición, La Haya, 1907, primera parte, Anexo, pp. 16-18, y tercera parte, pp. 4-6, 54-55 y 59-60; *Actes de la Conférence de Révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906*, pp. 160-163, 175, 260, 271, 286 y 292; *Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye, 15 juin - 18 octobre 1907, Actes et Documents*, Ministerio de Asuntos Exteriores, La Haya, 1907, 3 vols., tomo I, sesiones plenarias, pp. 66-68, 659-660 y 722, y tomo III, Segunda, Tercera y Cuarta Comisiones, pp. 293, 296-299 y 556-559.

(21) *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929*, imprenta del “Journal de Genève”, Ginebra, 1930 (en adelante: Actes 1929), pp. 248-249.

(22) *Actes 1929*, p. 666; *Droits des conflits armés*, p. 404.

c) una propuesta israelí con miras a reconocer un nuevo emblema, el escudo rojo de David, que los servicios sanitarios de las fuerzas armadas israelíes usaban como signo distintivo.

Estas propuestas fueron objeto de largos debates. Las dos primeras se descartaron tras algunas deliberaciones y fue la tercera la que dio lugar a los debates más apasionados. El delegado israelí, señor Najjar, expuso detenidamente el alcance histórico y cultural del signo del escudo rojo de David y recordó que la Sociedad de Socorro israelí del *Magen David Adom* (Escudo Rojo de David) utilizaba este signo desde hacía casi veinte años, así como que los servicios sanitarios de las fuerzas armadas israelíes lo habían usado como signo distintivo durante el último conflicto de Palestina. Pero, cuando se sometió a votación, la Primera Comisión rechazó el proyecto por 21 votos contra 10 y 8 abstenciones, en ausencia de 19 delegaciones (25). La cuestión se sometió luego a la Asamblea Plenaria. El señor Paul Ruegger, presidente del CICR, pidió la palabra y, en un vibrante alegato, puso a los asistentes en guardia contra el peligro de proliferación de los emblemas protectores. El señor Najjar, por su parte, reiteró y desarrolló los argumentos que ya había expuesto ante la Primera Comisión. En la votación, la propuesta israelí fue rechazada por un solo voto (22 votos contra 21 y 7 abstenciones), y luego por 24 votos contra 18, y 3 abstenciones, tras un nuevo debate en la Asamblea Plenaria (26).

Se llegó así al artículo 38 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949, que reproduce casi textualmente el artículo 19 del Convenio de 1929:

*"En homenaje a Suiza, el signo heráldico de la cruz roja sobre fondo blanco, formado por inversión de los colores federales, se mantiene como emblema y signo distintivo del Servicio Sanitario de los ejércitos.*

*Sin embargo, para los países que, en vez de una cruz roja, ya utilizan como distintivo la media luna roja o el león y sol rojos sobre fondo blanco, se admiten también estos emblemas, en el sentido del presente Convenio" (27).*

---

(25) *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Departamento Político Federal, Berna, 1949, 4 vols. (en adelante: Actes 1949), vol. II-A, pp. 87-90 y 145-146.

(26) *Actes 1949*, vol. II-B, pp. 215-224 y 248-255.

(27) *Actes 1949*, vol. 1, p. 213, *Manual*, p. 37; *Droits des conflits armés*, p. 479.

Se han reducido a menudo todas las deliberaciones de la Conferencia de 1949 sobre la cuestión del emblema al examen y al rechazo del proyecto de enmienda israelí, lo que denota, en mi opinión, una falta de perspectiva. En efecto, si la solicitud israelí ocasionó, sin lugar a duda, los debates más animados, no era ciertamente el único asunto que se dilucidaba. Hay que tener asimismo en cuenta otras propuestas, en particular las tendientes a restaurar la unidad del emblema protector, tanto si se trataba de volver al signo único de la cruz roja como de la adopción de un signo completamente nuevo, exento de toda connotación nacional o religiosa. Como quiera que fuese, la Conferencia descartó la propuesta, que habría sido la más innovadora —la adopción de un nuevo signo en lugar de los emblemas existentes— y que fue rechazada por los Estados occidentales en nombre de la tradición, así como por algunos Estados musulmanes por consideraciones religiosas.

En cambio, la Conferencia rehusó un proyecto birmano que habría dejado a cada Sociedad Nacional la libertad de adoptar el emblema que deseara, porque consideró que esto ocasionaría una confusión inaceptable. La Conferencia descartó así dos soluciones que eran irreprochables en el plano de la equidad, puesto que habrían impuesto una regla idéntica a todos los Estados y a todas las Sociedades Nacionales. En estas condiciones, la Conferencia Diplomática de 1949 sólo podía llegar de nuevo a la misma avenencia que había heredado de la Conferencia de 1929: tolerar algunas excepciones a la regla de la unidad del emblema, procurando a la vez limitar el número de éstas. Al rechazar la enmienda israelí, la Conferencia mantuvo las dos excepciones que se habían aceptado en 1929, sin querer admitir otras nuevas.

El número de Estados que se opusieron al proyecto de enmienda israelí superaba con mucho al de los Estados que estaban en conflicto con Israel. Cabe, pues, pensar que el factor decisivo fue el temor de abrir la puerta a un proceso de constante aumento del número de emblemas protectores, en unos momentos en que los antiguos imperios coloniales empezaban a resquebrajarse y que muchos países estaban a punto de alcanzar la independencia.

## **6. La Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario (Ginebra, 1974-1977)**

En la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el derecho del derecho internacional humanitario de 1974-1977, Israel emprendió una nueva tentativa para conseguir el reconocimiento internacional del signo del escudo de David, proponiendo una modificación, cuyo texto era el siguiente:

*“En los casos en el que el Escudo Rojo de David sobre fondo blanco sea utilizado ya como signo distintivo, será también reconocido de*

...idad con los términos de los Convenios y del presente Proto-  
... (28)

Sin embargo, al comprobar que no había ninguna probabilidad de alcanzar la mayoría requerida para que se aceptara la propuesta, Israel prefirió retirarla antes que exponerse a una votación, cuyo resultado negativo habría refrendado el rechazo de este emblema en el plano internacional (29).

## 7. El emblema del león y sol rojos

Persia ya reivindicó el uso del emblema del león y sol rojos en la Conferencia de La Haya de 1899 y utilizó el mecanismo de las reservas para lograr su reconocimiento. Este emblema se citaba explícitamente en el Convenio de 1929, y luego en los Convenios de 1949, en el mismo plano que la cruz roja y la media luna roja.

Mediante una nota, fechada el 4 de septiembre de 1980, la República Islámica de Irán anunció que renunciaba al uso de este emblema y que emplearía en el futuro la media luna roja como signo distintivo de los servicios sanitarios de sus fuerzas armadas, reservándose la posibilidad de volver a usar el del león y sol rojos si se reconocían nuevos emblemas (30).

Desde entonces, han transcurrido más de veinte años sin que se haya usado el emblema del león y sol rojos. En los Estatutos del Movimiento, revisados en 1986, no se menciona este distintivo, como tampoco la correspondiente denominación.

Así pues, se puede considerar con razón que este emblema ha caído en desuso y, teniendo en cuenta el enunciado del artículo 38 del I Convenio, así como el hecho de que el león y sol rojos sólo habían sido reconocidos basándose en un uso efectivo, hay que admitir que este emblema ya no tiene validez en el plano internacional. Irán no estaría, pues, autorizado a usar de nuevo este distintivo y la Sociedad Nacional

---

(28) Original en inglés: "Where the Red Shield of David on a white ground is already used as a distinctive emblem, that emblem is also recognized by the terms of the Conventions and the present Protocol". *Actas de la Conferencia Diplomática para la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados* (Ginebra, 1974-1977), Departamento Político Federal, Berna, 1978, 17 vols. (en adelante: *Actas CDDH*), vol. III, p. 14.

(29) *Actas CDDH*, vol. IX, pp. 475-481.

(30) *Droits des conflits armés*, pp. 689-690; "Adopción de la media luna roja por la República islámica del Irán", *RICR*, N° 42, noviembre-diciembre de 1980, pp. 324-325.

Irán ya no cumpliría la quinta condición de reconocimiento de las nuevas Sociedades Nacionales (31) si decidiera volver a usar el león y sol rojos y la correspondiente denominación.

Por lo demás, por tratarse de un emblema estrechamente asociado a la antigua dinastía imperial, el riesgo de que Irán reivindique de nuevo el uso del león y sol rojos parece mínimo en un próximo futuro. En realidad, el caso del león y sol rojos es sobre todo embarazoso por el hecho de que era el precedente del reconocimiento de un emblema que era la transposición de la bandera nacional de un país y cuyo uso sólo reivindicaba éste. En todo caso, por lo que respecta a su finalidad protectora, este precedente resulta evidentemente una anomalía.

### **8. La reserva israelí**

Puesto que su demanda no fue aceptada en la Conferencia Diplomática de 1949, el Estado de Israel formuló una reserva cuando firmó los Convenios de 1949, que confirmó luego al depositar los instrumentos de ratificación, el 6 de julio de 1951:

"A reserva de que Israel se servirá del escudo rojo de David como emblema y signo distintivo del servicio sanitario de sus fuerzas armadas (32), respetando a su vez la inviolabilidad de los emblemas y signos distintivos del Convenio".

Sólo dos Estados hicieron objeciones a la reserva israelí. En la firma de los Convenios, el delegado de Libano declaró que su Gobierno consideraba esta reserva carente de valor con respecto a los otros Estados signatarios de los Convenios, debido a que la Conferencia de 1949 había rechazado de manera definitiva la solicitud israelí (33). No parece, sin embargo, que el Libano confirmara esta objeción cuando depositó los instrumentos de ratificación.

Conviene, en cambio, prestar más atención a la objeción de los Estados Unidos de América. En efecto, al ratificar los Convenios de

---

(31) Esta condición dispone que "para ser reconocida como Sociedad Nacional según el párrafo 2 b) del artículo 5 de los presentes Estatutos, las Sociedades deben reunir las siguientes condiciones: (...)

5. Hacer uso del nombre y del emblema de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja de conformidad con los Convenios de Ginebra". Ni que decir tiene que las Sociedades Nacionales están obligadas a cumplir permanentemente las condiciones de reconocimiento, y no sólo cuando soliciten éste.

(32) *Actes 1949*, vol. II-B, p. 539; para el texto de la reserva israelí, *Actes 1949*, tomo I, p. 342.

(33) *Actes 1949*, vol. II-B, p. 539.

Ginebra, el 2 de agosto de 1955, los Estados Unidos insertaron el siguiente texto entre sus instrumentos de ratificación de los cuatro Convenios:

*“Rechazando las reservas formuladas por algunos respecto del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, los Estados Unidos de América aceptan mantener relaciones convencionales con todas las Partes en el Convenio, salvo por lo que respecta a las modificaciones propuestas en dichas reservas”.* (34)

Que sepamos, jamás se ha retirado esta objeción.

### **9. La cuestión del doble emblema**

Basándose en el artículo 38 del I Convenio y el enunciado de las condiciones de reconocimiento de las Sociedades Nacionales, el CICR siempre ha considerado que los Convenios autorizan el uso de la media luna roja en lugar de la cruz roja, pero que no autorizan la utilización del doble emblema de la cruz roja y de la media luna roja sobre fondo blanco. Por consiguiente, el CICR no ha reconocido jamás a una Sociedad que tuviera el doble emblema.

No obstante, tras la aprobación de la constitución soviética del 21 de enero de 1924, se reorganizó la Cruz Roja rusa según los principios federalistas de la nueva constitución. Al constituirse en Sociedades autónomas, las secciones de algunas repúblicas adoptaron el emblema de la media luna roja, mientras que otras conservan el de la cruz roja. Las Sociedades de las diversas repúblicas soviéticas constituyeron un órgano de coordinación, que tenía asimismo el monopolio de las relaciones exteriores: la Alianza de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de la URSS. La Alianza utilizaba el doble emblema en su papel con membrete, pero, al menos oficialmente, no lo usaba en el marco de las actividades operacionales, puesto que éstas eran in-

---

(34) Original en inglés: “Rejecting the reservations which States have made with respect to the Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field, the United States accepts treaty relations with all parties to that Convention, except as to the changes proposed by such reservations”. Departamento Político Federal, acta del depósito de instrumentos referentes a la ratificación de los Estados Unidos de América, copia legalizada del 8 de agosto de 1955. El texto de la objeción está adaptado al título de cada Convenio. Véanse también: *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 213, pp. 379-384; Leon Friedman (dir.), *The Law of War. A Documentary History*, Random House, Nueva York, 1972, vol. I, pp. 568-569; *Droit des conflits armés*, pp. 683-684; Richard R. Baxter, “The Geneva Conventions of 1949 before the United States Senate”, *American Journal of international Law*, vol. 49, N° 4, octubre de 1955, pp. 550-555, en p. 554.

cumbencia de las diferentes Sociedades miembros. En cuanto a los servicios sanitarios de las fuerzas armadas soviéticas, sólo utilizaban —según las informaciones de que podía disponer el CICR— el signo distintivo de la cruz roja.

Tras la fragmentación de la Unión Soviética, las diversas secciones de la Alianza se constituyeron en Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, según fuera la parte mayoritaria de la población. Sólo la Sociedad de la Media Luna Roja y de la Cruz Roja de Kazajistán adoptó el doble emblema y la denominación correspondiente, ya que la población de la república estaba en ese momento constituida, casi a partes iguales, por musulmanes y cristianos. El 31 de marzo de 1993, el Parlamento nacional aprobó un decreto estableciendo que Kazajistán se adhería a los Convenios de Ginebra con la siguiente reserva:

*“La República de Kazajistán utiliza el doble emblema heráldico de la media luna roja y de la cruz roja sobre fondo blanco como emblema y signo distintivo de los servicios médicos de las fuerzas armadas.” (35)*

Fiel a su práctica constante, el CICR ha rehusado reconocer a esta Sociedad hasta la fecha.

En el marco de la búsqueda de una solución global a las cuestiones pendientes relacionadas con el emblema es evidente que el CICR y todo el Movimiento han de ocuparse del expediente de la Sociedad Nacional israelí y del de la Sociedad Nacional Kazaja con el mismo empeño. Sería, efectivamente, inaceptable regular el caso de una Sociedad sin regular también el de otra. Por otro lado, desatender la búsqueda de una solución a la situación de una Sociedad sería el medio más seguro de torpedear la solución que se creía haber encontrado para la otra.

Resaltemos que Eritrea, donde la mitad, aproximadamente, de la población es cristiana y la otra mitad musulmana, reivindica asimismo el uso del doble emblema. Hasta la fecha, este país aún no se ha adherido a los Convenios de Ginebra, a pesar de las apremiantes gestiones del CICR.

En 1982, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja adoptó el doble emblema de la cruz roja y de la media luna roja, así como la denominación correspondiente.

---

(35) Original en inglés: “The Republic of Kazakhstan uses a double heraldic emblem of the red crescent and red cross on a white ground as an emblem proper and as a distinctive sign of the Medical Services of armed forces”. Carta del doctor Asylbek Konakbaev, presidente de la Sociedad de la Media Luna Roja y de la Cruz Roja Kazaja, al CICR, fechada el 14 de mayo de 1993, con anexo.

Las personas, los vehículos y los locales de la Federación llevan, pues, el doble emblema.

Hay que tener, por último, presente que el uso del doble emblema plantea para una Sociedad Nacional tantos problemas como resuelve. La yuxtaposición de los dos emblemas puede percibirse como una prueba de la connotación religiosa tanto de un signo como del otro, en particular por las personas que no son ni cristianas ni musulmanas. No hay que olvidar el peligro de división de la Sociedad Nacional, que puede desembocar en la aparición de secciones de la Cruz Roja en algunas regiones y de la Media Luna Roja en otras. En caso de guerra civil, será grande el riesgo de fragmentación de la Sociedad Nacional según las líneas de fractura religiosa (36).

Esta solución no tiene, finalmente, ninguna utilidad para los países donde cohabitan poblaciones que no son ni cristianas ni musulmanas.

## **10. El reconocimiento de nuevas Sociedades Nacionales**

Desde el inicio, las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja tenían la costumbre de mantener correspondencia entre ellas, ya fuera directamente, ya fuera por intermedio del Comité Internacional. Los lazos de solidaridad que las unían por encima de las fronteras eran una de las características de la nueva institución.

La expansión de esta institución superó pronto el círculo de los países que habían estado representados en la Conferencia constituyente de octubre de 1863. Se habían formado nuevas Sociedades en la Europa balcánica, en Asia y en el Nuevo Mundo. Estas Sociedades rogaron espontáneamente al CICR que las pusiera en contacto con las Sociedades hermanas. Así fue como el CICR notificó la constitución de las Sociedades del Imperio Otomano (1868), de Montenegro (1876), de Serbia (1876), de Rumania (1876), de Grecia (1877), del Perú (1880), de Argentina (1881), de Hungría (1882), de Bulgaria (1885) de Portugal (1887) y de Japón (1887).

Pero este mismo éxito de la institución amenazaba con diluir los principios. Pareció, pues, necesario cerciorarse de que los estatutos y

---

(36) Estos riesgos no son en modo alguno teóricos. Por ejemplo, durante la guerra civil libanesa, se constituyó en las regiones con predominio musulmán o druso una Sociedad de la Media Luna Roja, que rivalizaba con la Cruz Roja Libanesa, no sólo sobre el terreno, sino también en las reuniones zonales del Movimiento. Lo mismo ocurrió en Chipre, donde se hizo presente una Sociedad de la Media Luna Roja en el norte de la isla. En Rusia, la sección ingush de la Cruz Roja Rusa usa el emblema y la denominación de la Media Luna Roja.

los objetivos de las nuevas Sociedades correspondían realmente al cometido fundamental de la Cruz Roja. Fue asimismo el CICR el que encargó de efectuar el necesario control, actividad que inició por propia iniciativa. La IV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, reunida en Karlsruhe en 1887, lo confirmó en esta función:

*"En el interés general de la Cruz Roja, es útil mantener el Comité Internacional con sede en Ginebra tal y como existe desde el origen de la obra.*

*El seguirá ocupándose, como hasta ahora:*

*(...)*

*b) de notificar la constitución de nuevas Sociedades Nacionales después de haberse cerciorado de las bases sobre las cuales están fundadas" (37).*

Esta disposición dejaba al CICR una gran libertad de apreciación. El CICR juzgó por eso necesario puntualizar su alcance, estableciendo para ello doce condiciones de reconocimiento, que reflejaban, a su juicio, los Principios Fundamentales de la institución y que se publicaron en 1898.

Tres de ellas conciernen a esta cuestión:

- 1) Pertener a un país en el que esté en vigor el Convenio de Ginebra;
- 4) Denominarse "Sociedad de la Cruz Roja".
- 5) Adoptar como bandera una cruz roja sobre fondo blanco (38).

Estas disposiciones reflejaban la interdependencia del reconocimiento de una Sociedad Nacional y la aplicación del Convenio de Ginebra. Es un nexo que se imponía, puesto que las Sociedades Nacionales eran, en primer lugar, auxiliares de los servicios sanitarios de las fuerzas armadas, cuya protección garantizaban los Convenios de Ginebra. Estos mismos motivos obligaban a adoptar el signo distintivo del Convenio.

---

(37) *Quatrième Conférence internationale des Sociétés de la Croix-Rouge tenue à Karlsruhe du 22 au 27 septembre 1887, Compte rendu*, Comité Central de las Asociaciones alemanas de la Cruz Roja, Berlín, 1887, p. 90. La Conferencia Internacional de la Cruz Roja congrega a representantes de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, del CICR y de la Federación, así como de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, y se reúne, en principio, cada cuatro años.

(38) *Organisation générale et Programme de la Croix-Rouge*, 2ª ed., CICR, 1898, pp. 25-26. Estas condiciones se reprodujeron en todas las ulteriores ediciones del *Manuel de la Croix-Rouge internationale* hasta 1942.

La Conferencia Preliminar de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja que se celebró en Ginebra en 1946, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, solicitó que se aprobaran reglas más precisas (39). Las condiciones de reconocimiento, establecidas por una comisión mixta del CICR y de la Liga de Sociedades de la Cruz Roja (actual Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja), fueron aprobadas por la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, que se celebró en agosto de 1948 en Estocolmo.

Entre ellas figuran las siguientes condiciones:

*La Sociedad postulante debe:*

1) *Estar constituida en el territorio de un Estado independiente en el que esté en vigor el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos.*

(...)

5) *Hacer uso de la denominación y del emblema de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos) de acuerdo con el Convenio de Ginebra".* (40)

En fin, cuando se aprobaron los nuevos Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en octubre de 1986 en Ginebra, las condiciones de reconocimiento de las Nuevas Sociedades Nacionales se convirtieron en parte integrante de los propios Estatutos, a la vez que se suprimió toda referencia al emblema y a la denominación de León y Sol Rojo (Irán, que era el único país que usaba este emblema, había renunciado a él) (41).

## **II. La situación jurídica actual**

### **1. Introducción**

Conviene distinguir netamente dos niveles de reflexión, que corresponden a dos órdenes jurídicos diferentes:

- las disposiciones de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales a esos Protocolos relativas al emblema protector de

---

(39) *Rapport sur les travaux de la Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge (Genève, 26 juillet-3 août 1946)*, CICR, Ginebra, enero de 1947, pp. 140-141.

(40) *Dix-Septième Conférence internationale de la Croix-Rouge tenue à Stockholm du 20 au 30 août 1948, Compte rendu*, Cruz Roja Sueca, Estocolmo, 1948, pp. 80-81 y 92.

(41) Art. 4, Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (adoptados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en octubre de 1986 en Ginebra), *RICR*, N° 79, enero-febrero, pp. 25 y ss.; *Manual*, pp. 424 y ss.

los servicios sanitarios, así como a la denominación de las Sociedades Nacionales;

- las disposiciones de los Estatutos del Movimiento y de las Sociedades de la Federación relativas al emblema, a la denominación y al reconocimiento de las Sociedades Nacionales.

Si bien es cierto que hay evidentes interdependencias entre disposiciones convencionales, por una parte, y las estatutarias, por otra, conviene tener claramente presente estos dos niveles de flexión.

## **2. Las disposiciones convencionales**

El emblema protector de los servicios sanitarios de las fuerzas armadas se rige por las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra, en particular por el artículo 38 del I Convenio. Las otras disposiciones pertinentes de los Convenios y de los Protocolos son las siguientes:

I Convenio: artículos 36, 39-42, 44, 53 y 54; Anexo I, artículo 6; Anexo II;

II Convenio: artículos 39, 41-45, Anexo I;

IV Convenio: artículos 18, 20-22 y 56; Anexo I, artículo 6;

Protocolo I, artículos 8, 18, 23, 38 y 85; Anexo I;

Protocolo II, artículo 12.

Los Convenios de Ginebra se refieren varias veces a las "Sociedades Nacionales de la Cruz Roja (de la Media Luna Roja, del León y de los Rojos)". Así ocurre, en particular, en los artículos 25, 30 y 63 del I Convenio; en los artículos 6, 8, 17, 33 y 81 del Protocolo I y en el artículo 18 del Protocolo II. En otras disposiciones sólo se mencionan las "Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y las demás sociedades de socorro voluntarias debidamente reconocidas". Tal es, concretamente el caso en los artículos 26 y 44 del I Convenio y en el artículo 24 del II Convenio.

Únicamente una Conferencia Diplomática a la que estén invitadas a participar todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra está capacitada para modificar estas disposiciones.

## **3. Las disposiciones estatutarias**

El emblema, la denominación y el reconocimiento de una Sociedad Nacional se rigen asimismo por los artículos 4 y 5 de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja que se celebró en octubre de 1986 en Ginebra.

#### Artículo 4 — Condiciones de reconocimiento de las Sociedades Nacionales

*Para ser reconocida como Sociedad Nacional según el párrafo 2 b) del artículo 5 de los presentes Estatutos, la Sociedad Nacional debe reunir las siguientes condiciones:*

*(...)*

*5. Hacer uso del uso del nombre y del emblema de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja de conformidad con los Convenios de Ginebra.*

#### *Artículo 5 - El Comité Internacional de la Cruz Roja*

*2. De conformidad con sus Estatutos, el cometido del Comité Internacional de la Cruz Roja es, en particular*

*b) reconocer a cada Sociedad Nacional nuevamente fundada o reconstituida que reúna las condiciones de reconocimiento consignadas en el artículo 4 y notificar dicho reconocimiento a las demás Sociedades Nacionales (42).*

En los Estatutos de la Federación se determina, mediante disposiciones apropiadas, la admisión de las nuevas Sociedades Nacionales. Los nuevos Estatutos de la Federación, aprobados por consenso en octubre de 1999, sólo reconocen dos emblemas y dos denominaciones: la cruz roja y la media luna roja.

Aunque las disposiciones de los Estatutos de la Federación que no están relacionadas con el emblema y con la denominación de las Sociedades Nacionales estén armonizadas con las disposiciones correspondientes de los Estatutos del Movimiento, hay que tener presente que no ocurre lo mismo por lo que atañe a la admisión de una Sociedad Nacional en la Federación. En efecto, el reconocimiento de una Sociedad Nacional por el CICR no lleva automáticamente consigo su admisión en la Federación. En virtud del artículo 4, inciso 1, de los Estatutos de la Federación, "una Sociedad Nacional, como componente del Movimiento, pasa a ser miembro de la Federación cuando es admitida de conformidad con los Estatutos y el Reglamento Interno". En virtud del artículo 4, inciso 2, "la admisión de una Sociedad Nacional se somete a una decisión de la Asamblea, que se adoptará por una mayoría especial del sesenta por ciento de las Sociedades miembros presentes y votantes" (43).

---

(42) *Manual*, pp. 424-425.

(43) Estatutos de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, revisados y aprobados por el Duodécimo período de sesiones de la Asamblea General, 23-28 de octubre de 1999, p. 9. Las condiciones de reconocimiento por el CICR y de admisión en la Federación, que esta-

Únicamente una Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que decida por una mayoría de dos tercios está calificada para revisar los Estatutos del Movimiento.

#### **4. Las consecuencias de la situación jurídica actual**

La situación jurídica actual presenta varios inconvenientes, que el CICR ha reconocido desde hace mucho tiempo y que conviene recordar (44).

a) Esta situación da la impresión de un partidismo en favor de los países cristianos y musulmanes, en detrimento de otras religiones (judaísmo, hinduismo, budismo). Se ha escrito mucho acerca de la significación o la carencia de significación religiosa de los emblemas usados actualmente y muchos se han contradicho al tratar esta cuestión. Por otro lado, hemos evitado siempre tomar posición sobre este punto, puesto que un emblema tiene ante todo la significación que la gente le atribuye. Hay que señalar, sin embargo, que la yuxtaposición de dos emblemas —la cruz roja y la media luna roja— proyecta sobre el emblema original una connotación religiosa que éste no tenía necesariamente en un principio (45).

b) La coexistencia de dos emblemas no refleja el principio de la unidad del Movimiento y lleva en sí los gérmenes de una división. Cuando se aprobaron los nuevos Estatutos del Movimiento, en 1986, se señaló con complacencia que la unidad de éste resultaba reforzada por

---

ban en práctica desde hacía muchos años. fueron objeto de un examen conjunto de las dos instituciones en el marco de la Comisión Mixta para los Estatutos de las Sociedades Nacionales, de manera que la admisión en la Federación se ha podido hacer siempre por consenso, durante la Asamblea de la Federación que ha seguido al reconocimiento por el CICR.

(44) XXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Manila 1981): "La cuestión del emblema"; discurso de Alexandre Hay, presidente del CICR, *RICR*, N° 49, enero-febrero de 1982, pp. 35-37. Básicamente, esos inconvenientes ya se habían puesto de relieve en el informe sobre la reevaluación del cometido de la Cruz Roja de 1975, véase Donald D. Tansley, *Informe final - Una agenda para la Cruz Roja*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1975, pp. 135-137.

(45) Esto era lo que el CICR ya había perfectamente advertido en 1877: "¿No sería un inconveniente oponer a la Cruz de Ginebra, en la que los musulmanes ven equivocadamente un emblema religioso, la Media Luna, que es otro emblema religioso? ¿No debe evitarse semejante oposición, sobre todo en una guerra en la que el fanatismo de razas y de creencias se exacerbará necesariamente hasta un grado máximo?", escribía el CICR a propósito del proyecto de sustituir la cruz roja por la media luna roja. *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, N° 30, abril de 1877, p. 44. El lapsus calami denota la dificultad de pronunciarse acerca de una cuestión de esta índole.

el hecho de que la cruz roja y la media luna roja se situaban, desde ese momento, en un plano de perfecta igualdad. No obstante, para muchos observadores y numerosos voluntarios de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, es incomprensible que un Movimiento de solidaridad internacional no pueda reconocerse en un único emblema.

c) Esta situación atenta contra la universalidad del Movimiento, ya que la mayor parte de la población israelí considera que no puede identificarse con ninguno de los dos emblemas actualmente reconocidos; asimismo, los Gobiernos de Kazajistán y de Eritrea estiman no poder escoger entre la cruz roja y la media luna roja, puesto que, en ambos casos, la mitad, aproximadamente, de la población es cristiana y la otra mitad musulmana. Ahora bien, las condiciones de reconocimiento en vigor exigen que la Sociedad postulante haga uso del nombre y del emblema de la cruz roja o de la media luna roja (46).

d) Esta situación es una incitación a nuevos fraccionamientos. No se debate aquí sólo la reivindicación israelí; como es sabido, otros Estados y otras Sociedades Nacionales han pedido el reconocimiento de nuevos emblemas (47).

e) La coexistencia de dos emblemas en el plano internacional es una fuente de dificultades en el país en que cohabitan dos comunidades religiosas diferentes. Por muchos esfuerzos que haga por servir a toda la población, la Sociedad Nacional será identificada con el grupo social que evoca su emblema; sus posibilidades de desarrollo se resentirán y, en caso de conflicto interno, correrá el riesgo de fragmentación.

f) Por último, y es el inconveniente más grave, la coexistencia de dos emblemas —tres, si se tiene en cuenta la reserva israelí— menoscaba su valor protector, sobre todo cuando cada adversario usa un emblema distinto. En lugar de presentarse como un símbolo de neutralidad, el signo distintivo es entonces identificado a una u otra de las partes en conflicto. En efecto, por encima de las disposiciones convencionales, lo que le da valor protector al emblema es el hecho de que es idéntico en el bando amigo y en el bando adversario. Una vez rota la unidad del emblema, se pone en peligro el respeto del mismo y, por

---

(46) Aun cuando el CICR y la Federación no han rehusado colaborar jamás con las Sociedades Nacionales israelí y kazaja, ni con ninguna otra Sociedad que respete los Principios Fundamentales del Movimiento pero que no haya podido ser reconocida por la razón que sea, esta situación no es por ello menos dolorosa en la medida en que esas Sociedades Nacionales no pueden participar con pleno derecho en las reuniones estatutarias del Movimiento.

(47) Cabe remitirse a los casos que se mencionan en nuestro estudio *El emblema de la Cruz Roja - Reseña histórica*, CICR, Ginebra, 1977, pp. 65-74.

consiguiente, la seguridad de los heridos y de cuantos se esfuerzan en socorrerlos.

Por todas estas razones, es indispensable buscar una solución que permita evitar, en lo posible, estas dificultades. Además, la evolución de la situación política en Oriente Próximo abre perspectivas de solución insospechadas hasta ahora, que conviene aprovechar.

### **III. El proceso de paz en Oriente Próximo y la cuestión del emblema**

¿En qué medida el proceso de paz en Oriente Próximo puede influir en la cuestión del emblema y en la del reconocimiento del Magen David Adom?

El CICR ha dicho y repelido que el asunto del reconocimiento de la Sociedad Nacional israelí es una cuestión jurídica y que él se limita a aplicar las normas en vigor, que no permiten, en este caso, reconocer a dicha Sociedad. No cabe esperar que el CICR haga caso omiso de las reglas que tiene el deber de respetar y que se vuelva atrás de una posición que ha mantenido con constancia durante medio siglo.

En cambio, no hay que olvidar que el proceso de paz en Oriente Próximo podría ejercer una influencia decisiva en la voluntad de los Estados de resolver la cuestión del emblema y, por lo tanto, en la cuestión del reconocimiento de la Sociedad Nacional israelí.

Señalemos, por otra parte, dos efectos potenciales que conviene tener presentes:

Por un lado, la evolución del proceso de paz puede eventualmente acentuar la necesidad de alcanzar cuanto antes soluciones que permitan reconocer el Magen David Adom y la Media Luna Roja palestina (48). Si se firmara un tratado de paz, se diría que incluso los antiguos enemigos habían aceptado el hecho israelí y que el Movimiento era el único que seguía sin reconocerlo (49).

---

(48) Hasta la fecha, el CICR no ha reconocido a la Media Luna Roja palestina porque esta Sociedad no cumple la primera condición de reconocimiento prevista en el artículo 4 de los Estatutos del Movimiento, que dispone que la Sociedad postulante debe "estar constituida en el territorio de un Estado independiente en el que esté en vigor el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los militares heridos y enfermos de los ejércitos en campaña". En cambio, esta Sociedad utiliza un signo reconocido. Cuando haya desaparecido este obstáculo, la Media Luna Roja palestina podrá legítimamente activar la causa de su reconocimiento por el CICR.

(49) Recordemos que el Estado de Israel participa con pleno derecho en las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja desde la XVII Conferencia, que se celebró en 1948 en Estocolmo.

Inversamente, progresos sustanciales en el camino de la paz abrirían nuevas perspectivas. Soluciones que parecían poco realistas hace unos pocos años, resultarían entonces posibles. Conviene, pues, estar dispuestos a reconsiderar todas las soluciones previsibles a la luz de una situación política que puede evolucionar muy rápidamente.

#### **IV. El peligro de proliferación**

Desde 1876 la preocupación dominante del CICR ha sido el temor de una proliferación de los emblemas protectores, en particular el de que la adopción de signos nacionales o religiosos obstaculice su respeto en el campo de batalla y, por consiguiente, la protección de los heridos y del personal sanitario.

Más allá de toda argumentación jurídica, la experiencia muestra que ese temor estaba lejos de carecer de fundamento. El riesgo de violaciones del emblema es infinitamente mayor cuando es identificado con una de las partes en conflicto, como ocurrió, por ejemplo, a lo largo de toda la guerra civil del Líbano (1975-1990). Como escribió Max Huber, "sólo la unidad del signo distintivo puede garantizar su respeto en el plano internacional" (50).

El riesgo de proliferación de los emblemas es efectivamente muy real. Así, en 1936, el CICR se opuso a una propuesta afgana encaminada a adoptar una mezquita roja sobre fondo blanco como signo distintivo. En la Conferencia Diplomática de 1949, el delegado de Birmania mencionó abiertamente la perspectiva de que su país y otros países asiáticos pidieran el uso de un emblema propio si se aceptaba el reconocimiento de nuevos emblemas:

*"Los países de Oriente se abren progresivamente a la vida internacional y quieren un emblema que no hiera ni sus convicciones ni las de otros pueblos. En cambio, si se acepta extender el número de símbolos, cabe esperar que los países de Oriente adopten uno que les sea propio"* (51).

Por medio de una carta fechada el 2 de noviembre de 1977, el general Maitra, secretario general de la Cruz Roja de la India, reivindicó el uso de la esvástica roja sobre fondo blanco (52). Asimismo, tras la independencia, el Gobierno de Zimbawe propuso adoptar una estrella

---

(50) *Quatorzième Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à Bruxelles en octobre 1930, Compte rendu*, Cruz Roja de Bélgica, Bruselas, 1930, p. 127.

(51) *Actes 1949*, vol. II-A, p. 146.

(52) La Cruz Roja de Sri Lanka ya había pedido en 1957 poder usar este símbolo, del que existen testimonios en la India y en Sri Lanka desde hace muchos siglos.

roja sobre fondo blanco en vez de la cruz roja, así como transformar la Cruz Roja de Zimbawe en Estrella Roja de Zimbawe. Esta propuesta fue descartada a raíz de intervenciones del CICR y de la Liga de Sociedades de la Cruz Roja (hoy Federación).

No debe, pues, subestimarse el peligro de proliferación. El CICR no apoyaría, por su parte, una solución que reconociera a cada Estado y a cada Sociedad Nacional el derecho a escoger libremente el emblema que deseara. Se correría entonces el riesgo de que se multiplicaran los signos con connotaciones nacionales o religiosas, y hasta abiertamente partidistas, en detrimento del valor protector del emblema, así como el peligro de que en algunas partes del mundo se adoptaran signos protectores percibidos como ofensivos en otras partes.

Por supuesto, se podrá hacer notar que sólo Israel y Kazajistán han notificado reservas relativas al emblema y que son muy pocos los Estados que no están todavía obligados por los Convenios de Ginebra. Teniendo en cuenta que la seguridad jurídica prohíbe a un Estado que ya es Parte en un tratado notificar una reserva a este tratado en cuestión, se podría afirmar que el riesgo de proliferación de los emblemas es actualmente desdeñable. Este argumento no ofrece desafortunadamente ninguna seguridad para el futuro. En efecto, nada impediría a un Estado denunciar los Convenios de Ginebra y adherirse luego de nuevo a ellos formulando reservas. Además, ¿quién había previsto la disgregación de Yugoslavia y de la Unión Soviética? En el último decenio hemos asistido a la independización de más de veinte Estados. Nadie sabe lo que nos reserva el porvenir.

El hecho de que prácticamente todos los miembros de la comunidad internacional sean hoy en día Partes en los Convenios no constituye, pues, por sí solo una garantía suficiente contra el riesgo de proliferación de los emblemas protectores.

Las mismas exigencias de equidad y de justicia que invocan quienes reclaman hoy el reconocimiento de la Sociedad israelí y de su emblema podrían invocarse mañana para pedir el reconocimiento de otros emblemas.

Así pues, no debe tomarse a la ligera el riesgo de proliferación.

## **V. La búsqueda de una solución global**

Quienes han estudiado de cerca la cuestión del emblema han quedado sorprendidos por el hecho de que el Movimiento y la comunidad internacional han tomado una serie de decisiones particulares para satisfacer a un Estado y a una Sociedad Nacional, o también a un número limitado de Estados y de Sociedades Nacionales, y de que esas soluciones han hecho cada vez más hipotética una eventual solución global.

En realidad, la única solución irreprochable, en el plano de la lógica y la equidad, sería la adopción de un nuevo emblema, exento de toda connotación política y religiosa, que fuera aceptado universalmente, en lugar de los emblemas existentes. El Movimiento olímpico y el Movimiento scout han podido encontrar emblemas universales, no hay ninguna razón para que el Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja no lo consiga.

No obstante, las propuestas que se han hecho a fin de adoptar un nuevo emblema único, destinado a reemplazar los emblemas existentes, han sido inmediatamente rechazadas por quienes están profundamente apegados a estos emblemas. Efectivamente, la cruz roja y la media luna roja han simbolizado la ayuda imparcial a quienes sufren en innumerables conflictos —incluidas las dos guerras mundiales— y a raíz de catástrofes naturales que han afectado prácticamente a todas las zonas del planeta. Pocos signos son tan conocidos en el mundo entero y despiertan tan espontáneamente un sentimiento de simpatía como ellos.

Teniendo esto en cuenta, el presidente del CICR propuso, en un artículo publicado en la *Revista Internacional de la Cruz Roja* de julio-agosto de 1992, someter a un nuevo examen la cuestión del emblema, indicando que el CICR deseaba contribuir a él (53). Según el señor Sommaruga, la búsqueda de una solución deberá cumplir cuatro requisitos, cuya pertinencia han demostrado las experiencias pasadas:

- "tal solución deberá ser ampliamente aceptable;
- los Estados y las Sociedades Nacionales que utilizan uno de los signos reconocidos no deberán estar obligados a renunciar a él o a modificar su emblema si no es su deseo;
- cualquier nuevo signo eventual deberá ser de una sencillez gráfica tal que pueda ser bien visible a distancia, carecer de toda connotación religiosa, política, étnica o de otra índole, y ser objeto de una gran difusión, ya en tiempo de paz, a fin de que las personas que deban respetarlo puedan identificarlo fácilmente; y
- debe evitarse la multiplicación de los signos, que no dejaría de ocurrir si hubiera demasiada libertad de elección" (54).

---

(53) Cornelio Sommaruga, "Unidad y pluralidad de los emblemas", RICR, Nº 112, julio-agosto de 1992, pp. 353-358. Destaquemos que este artículo se publicó en la *Revista* más de un año antes de que se filtrasen las primeras informaciones sobre las negociaciones israel-palestinas, que culminarían en el Acuerdo de Washington del 13 de septiembre de 1993.

(54) Sommaruga, *ibíd.*, 357.

El presidente Sommaruga preconizó, pues, la adopción de un tercer emblema, carente de toda connotación nacional, religiosa o política, que se pondría a disposición de los Estados y de las Sociedades Nacionales que no pueden adoptar ninguno de los emblemas existentes. Reconocía que ya no era factible volver al uso de la cruz roja como emblema único, deseo que el CICR había expresado durante mucho tiempo, y que los componentes del Movimiento no estaban dispuestos a abandonar los emblemas existentes —con los que estaban encariñados millones de personas— y reemplazarlos por un nuevo emblema (55).

Este artículo, firmado por su presidente, reflejaba la posición del CICR.

Al principio, la iniciativa del CICR provocó reacciones emocionales, a pesar de lo cual pudo constituirse un grupo de trabajo del Movimiento, que presentó una serie de propuestas al Consejo de Delegados que se reunió en noviembre de 1997 en Sevilla (56).

En el informe del grupo de trabajo se preconizaba, en particular, la adopción de seis criterios de evaluación de cualquier solución:

*“1. Toda solución debe examinarse primeramente en función de la protección que confiera a las víctimas y debe mejorarla efectivamente.*

*2. Toda solución debe partir de la existencia de dos emblemas actualmente en uso, la cruz y la media luna, que están situadas, de hecho, en pie de igualdad (...) y que son conocidas mundialmente.*

*3. Toda solución debe evitar crear nuevos obstáculos al ideal de unidad del Movimiento y debe, al contrario, ser compatible con ese ideal.*

*4. Aun cuando este ideal de unidad se extiende naturalmente al emblema, la aspiración de tener un emblema protector e indicativo único no es lo principal. El objetivo es resolver las dificultades con que tropie-*

---

(55) *Ibid.*

(56) Consejo de Delegados (Sevilla, 26-27 de noviembre de 1997), *Informe de la Comisión Permanente sobre el emblema*, documento elaborado por la Comisión Permanente (CD 97/4.1/1), junio de 1997, Ginebra. El Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja está formado por los representantes de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, del CICR y de la Federación y se convoca, en principio, cada dos años. La Comisión Permanente de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja comprende cinco miembros elegidos por la Conferencia Internacional, dos representantes del CICR y dos de la Federación. Se reúne en el intervalo entre dos Conferencias y su principal tarea es preparar la Conferencia y el Consejo de Delegados.

zan los Estados y las Sociedades Nacionales que no pueden aceptar el uso de la cruz roja o la media luna roja.

5. Toda solución debe procurar resolver estos problemas sin crear otros nuevos a las Sociedades Nacionales que no tienen ninguno. Estas deben poder vivir duraderamente con su actual emblema (*status quo*).

6. El emblema no puede dividir al Movimiento: cualquier solución deberá ser aceptable para la mayoría y cualquier eventual resolución sobre esta cuestión fundamental deberá aprobarse por consenso" (57).

El Consejo de Delegados aprobó el informe que le sometió el grupo de trabajo, hizo suyos los susodichos principios y decidió consultar a un grupo mixto de expertos, integrado por expertos gubernamentales y del Movimiento (58). Con miras a esta consulta, la señora Christina Magnuson, presidenta de la Cruz Roja Sueca y del grupo de trabajo de la Comisión Permanente sobre el emblema, ha propuesto la adopción de un tercer emblema protector que carezca de toda connotación nacional o religiosa y que podría combinarse, a título indicativo, con uno de los emblemas efectivamente utilizado (59). El grupo de expertos, reunido del 31 de agosto al 2 de septiembre de 1999 en Ginebra, examinó esta propuesta y recomendó proseguir las consultas.

El Consejo de Delegados que se reunió en Ginebra los días 28 y 29 de octubre de 1999 adoptó por consenso una resolución en la que se congratulaba de las consultas realizadas bajo los auspicios de la Comisión Permanente. Pedía a ésta establecer un grupo de trabajo mixto sobre los emblemas, integrado por representantes del Movimiento y de los Estados, con el cometido de hallar, lo antes posible, una solución global aceptable para todas las partes, tanto en cuanto al fondo como al procedimiento. Mediante una resolución, aprobada asimismo por consenso, la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la

---

(57) *Ibid.*, p. 13.

(58) Resolución 2, *RICR*, N° 145, marzo de 1998, pp. 153-154.

(59) *Perspectivas de aplicación de la resolución 2 sobre el emblema (Consejo de Delegados, Sevilla, noviembre de 1997)*, documento de trabajo propuesto por la señora Christina Magnuson, miembro de la Comisión Permanente de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, octubre de 1998, Ginebra. —Se habla de *uso protector* del emblema cuando éste es la manifestación visible de la protección que los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales garantizan a las instalaciones sanitarias militares o civiles, a su personal, vehículos, edificios y equipos. Se habla de *uso indicativo* cuando las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja usan el emblema para señalar actividades, personas o bienes que no están protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales.

Media Luna Roja aceptó esta propuesta y pidió la prosecución de las consultas (60).

Por su parte, el CICR ha decidido apoyar la propuesta de la señora Magnuson sin reservas y ha tomado la determinación de adoptar una posición que se articula en torno a los siguientes elementos;

a) Los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja se mantienen como emblemas protectores de los servicios sanitarios y como signos distintivos de las Sociedades Nacionales de los países que ya los usan y que están satisfechos con esta situación. No debe ejercerse ninguna presión para inducir a un Estado o a una Sociedad Nacional que utiliza el emblema de la cruz roja o de la media luna roja a renunciar a él.

b) Además de la cruz roja y de la media luna roja, la comunidad internacional debería adoptar un tercer emblema protector, exento de toda connotación política o religiosa, el cual debería ponerse a disposición de los Estados y las Sociedades Nacionales que no puedan aceptar la cruz roja ni la media luna roja para su propio uso.

c) Si lo desean, las Sociedades Nacionales de los Estados que adopten el tercer emblema protector para señalar sus servicios sanitarios, podrán insertar en él, a título indicativo, uno de los signos ya utilizados actualmente, a saber, la cruz roja, la media luna roja, el escudo rojo de David o el doble emblema de la cruz y la media luna rojas. Sólo se admitirán nuevos emblemas a título indicativo y después de que hayan sido aceptados por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por una decisión mayoritaria de dos tercios.

En opinión del CICR, la adopción de un tercer emblema protector, desprovisto de toda connotación política o religiosa, y su reconocimiento junto a la cruz roja y la media luna roja es la manera más realista de solucionar la cuestión del emblema y de satisfacer las demandas de los países y las Sociedades Nacionales que no pueden aceptar la cruz roja ni la media luna roja.

La posibilidad de insertar en este tercer emblema universal, a título indicativo, uno de los signos ya utilizados actualmente, a saber, la cruz roja, la media luna roja, el escudo rojo de David o el doble emblema de la cruz roja y la media luna roja hará factible reconocer al *Magen David Adom*, a la Sociedad de la Media Luna Roja y la Cruz Roja de Kazajistán y, cuando Eritrea se adhiera a los Convenios de Ginebra, a

---

(60) Resolución 3, XXVII Conferencia Internacional, y resolución 2, Consejo de Delegados, *RICR*, N° 836, diciembre de 1999, dirección electrónica: [www.gva.icrc.org/spa/revista](http://www.gva.icrc.org/spa/revista).

la Sociedad de la Cruz Roja y la Media Luna Roja de Eritrea. Además, brindará una solución alternativa a toda Sociedad Nacional que tropiece en el futuro con dificultades para utilizar uno u otro de los emblemas existentes.

En fin, esta propuesta evitaría una proliferación de los emblemas protectores, que redundaría sin duda en perjuicio de la protección de las víctimas de la guerra. Al contrario, la adopción de un tercer emblema universal, exento de toda connotación política o religiosa, sería la mejor garantía contra la proliferación de emblemas particulares identificados a un país o a una comunidad religiosa.

A juicio del CICR, esta propuesta ofrece las mejores perspectivas de lograr una solución global y duradera de la cuestión del emblema, permitiendo a la vez al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja alcanzar la universalidad a la que aspira desde hace tantos años, ya que hará posible que el *Magen David Adom*, la Sociedad Nacional kazaja y, cuando llegue el momento, la Sociedad Nacional de Eritrea se conviertan en miembros de pleno derecho del Movimiento.

Asimismo, esta propuesta da paso a importantes desarrollos en el marco de las acciones internacionales de socorro y del señalamiento de los servicios de sanidad de las fuerzas multinacionales, especialmente durante las acciones de mantenimiento de la paz. De hecho, hoy esas fuerzas suelen reunir contingentes cuyos servicios sanitarios están señalados con el emblema de la cruz roja, así como otros contingentes cuyos servicios están señalados con la media luna roja. El nuevo emblema permitiría aprobar un señalamiento uniforme. El CICR y la Federación Internacional prevén utilizar el nuevo emblema protector en situaciones en que los emblemas de la cruz roja o de la media luna roja sean mal aceptados.

En cumplimiento del cometido que le ha asignado la comunidad internacional (61), el CICR está dispuesto a iniciar consultas con miras a la aprobación de un tercer Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, que daría fuerza de ley a un tercer emblema protector y a los signos distintivos actualmente utilizados.

Paralelamente, el CICR está dispuesto a emprender consultas, en colaboración con la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz

---

(61) Según el art. 5, 2 g) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el CICR tiene el cometido específico de "trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo".

Roja y de la Media Luna Roja, con miras a revisar los Estatutos del Movimiento para modificar las condiciones de reconocimiento de las Sociedades Nacionales, de conformidad con las disposiciones de un tercer Protocolo adicional y de permitir al Movimiento alcanzar la plena universalidad de acuerdo con sus Principios Fundamentales.

Por último, el CICR ha decidido constituir con la Federación, si ésta acepta unirse a esta iniciativa, un fondo destinado a ayudar, por una parte, a las Sociedades Nacionales que adopten el nuevo emblema a promoverlo en el plano nacional y adaptar su material y, por otra, a sufragar la promoción del nuevo emblema en el plano internacional.

El grupo mixto de trabajo sobre el emblema se reunió el 13 y 14 de abril de 2000, bajo la doble presidencia de la señora Magnuson y la señora Absa Claude Diallo, embajadora y representante permanente de Senegal ante las organizaciones internacionales en Ginebra. Participaron en esta reunión los representantes de quince países (62), cuatro miembros de la Comisión Permanente, el CICR, la Federación y dos representantes de Sociedades Nacionales especialmente invitados por la Comisión Permanente. Los delegados opinaron unánimemente que la propuesta de la señora Magnuson constituye una excelente base de negociación y muchos representantes manifestaron su apoyo y el de su Gobierno o de su Sociedad Nacional a dicha propuesta. Suiza, como país depositario de los Convenios de Ginebra, brindó sus servicios para convocar una Conferencia Diplomática que se encargaría de ultimar y aprobar un tercer Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra.

Durante el primer período de sesiones del Consejo de Dirección de la Federación, que tuvo lugar del 2 al 5 de mayo de 2000 en Ginebra, este organismo, que reagrupa a representantes de dieciséis Sociedades Nacionales, así como a la presidenta y a los vicepresidentes de la Federación, tomó asimismo la decisión de apoyar dicha propuesta.

El Gobierno suizo ha aceptado convocar una Conferencia Diplomática en el año 2000, a la que serán invitados todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y que se encargará de examinar y aprobar un tercer Protocolo adicional, que dará fuerza de ley al tercer emblema.

Por su parte, la Comisión Permanente del Movimiento, reunida especialmente al efecto el 11 de mayo de 2000, ha decidido adelantar la fecha de la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y convocarla el 14 de noviembre de 2000. El único

---

(62) China, Colombia, Egipto, Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia, India, Irán, Israel, Kazajistán, Líbano, Malasia, Reino Unido, Senegal y Suiza.

Objeto de esta reunión será modificar los Estatutos del Movimiento para tomar en cuenta los resultados de la Conferencia Diplomática y de permitir el reconocimiento de las Sociedades Nacionales que no han podido ser reconocidas hasta la fecha por las dificultades relacionadas con el emblema.

Así pues, el camino está trazado y el dispositivo está listo. El Movimiento se ha provisto de los medios para resolver una cuestión latente, que amenazaba su unidad y que le impide alcanzar la plena universalidad desde hace más de cincuenta años. Corresponde ahora a las Sociedades Nacionales y a los Estados demostrar su voluntad política en este asunto.

En los albores de un nuevo siglo y de un nuevo milenio, ha llegado ya el momento de corregir una situación que ha durado sin duda alguna demasiado, que ciertos países y algunas Sociedades Nacionales sienten como una herida dolorosa y que impide al Movimiento alcanzar su plenitud.

Por primera vez en la historia del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, está al alcance de la mano una solución global y duradera de la cuestión del emblema que pretende no sólo corregir la herencia del pasado, sino permitir también construir el futuro. Sepamos aprovecharla, sepamos mostrar que los símbolos del Movimiento son asimismo símbolos de esperanza, de unidad y de universalidad.

### **Anexos**

1. Resolución de la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y resolución del Consejo de Delegados (Ginebra, 1999).
2. Grupo Mixto de Trabajo sobre el Emblema, 13-14 de abril de 2000, ponencia de François Bugnion, director de Derecho Internacional y Comunicación del CICR.
3. Grupo Mixto de Trabajo sobre el Emblema, 13-14 de abril de 2000, ponencia de Stephen Davey, subsecretario general de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.
4. Grupo de Trabajo sobre el Emblema, 13-14 de abril de 2000, Conclusiones de la Presidencia, 14 de abril de 2000.
5. Anexo gráfico.

## **ENSAYO**

## DERECHO, LITERATURA Y CONOCIMIENTO

por CARLOS MARIA CARCOVA (\*)

1. Los estudios jurídicos se han visto enriquecidos en las últimas décadas por los aportes de otras disciplinas, superando así cierto aislamiento tradicional. Esos aportes provinieron de los lugares más variados: la lógica, la teoría de los juegos, la antropología cultural, la sociología o la lingüística. Por su propia naturaleza, la ciencia jurídica ha estado especialmente atenta a los desarrollos de esta última disciplina. Fueron de notable repercusión las investigaciones acerca de los lenguajes naturales y las incertidumbres comunicativas que ellos producen. En los últimos años, esa atención se dirige no sólo al "problema de las palabras" sino también al de los textos, unidades de sentido más complejas, estudiadas igualmente desde distintos enfoques: semiológicos, hermenéuticos, literarios. Muchos autores contemporáneos, pertenecientes a las más diversas escuelas y concepciones, insisten en subrayar los vínculos existentes entre el discurso jurídico y el discurso literario, por ejemplo, R. Dworkin, S. Fish, N. Mac Cormick, B. Jackson, J. Lenoble, R. Posner, E. Landowski, F. Ost, M. Van der Kerchove, J. Calvo González, D. Carzo, M. Nussbaum, R. Keveson, R. West y otros.

Se trata, en muchos de estos casos, de mostrar los posibles enlaces entre el derecho y la literatura, entendida ésta en su sentido más amplio, es decir, como relato, novela, crónica o narración. Un enlace no externo, en el pueril sentido de que el derecho se refiera a la literatura cuando produce normas y regula conductas acerca de cuestiones autorales, o de que la literatura se refiera al derecho cuando toma a éste como sustancia de la trama, como en el caso de *"El Proceso"*, de F. Kafka.

Desde este punto de vista, digamos superficial, es cierto que todo se relaciona con todo y en especial el derecho, en tanto funciona, en las sociedades modernas, como una regla básica y constitutiva del orden. Regula el poder constituyente y, al mismo tiempo, circula por los espacios intersticiales de una multiplicidad de relaciones entre los seres humanos: parentales, laborales, políticas, morales, comunica-

---

(\*) Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho, UBA.

cionales. De modo que aquellas relaciones superficiales son más o menos obvias.

Lo que importa es otro tipo de articulación, una articulación "interna" como la denomina Van Roerdmund (1997), que permite descubrir notables analogías, en el proceso de producción discursiva del derecho, por una parte y de la literatura, en sentido amplio, insistimos, por la otra.

Una analogía compleja y multidimensional. Una sentencia es un acto de naturaleza autoritativa, instituido por quien posee "imperium". Sin embargo, se organiza como discurso, del mismo modo que el relato, la crónica o la narración se organizan como discurso. Y, pasada en autoridad de cosa juzgada, esto es, devenida irrevisable por algunos de los efectos ficcionales que el derecho acoge como demanda técnica, constituye la realidad jurídica de un modo muy semejante al que el novelista constituye la "realidad" de sus ficciones, o el cronista la de su crónica, al privilegiar algún dato, descartar otro, hipotetizar un tercero.

No afirmamos que exista analogía entre ficción y realidad. Señalamos que la "realidad" está socialmente construida, sobre todo la que llamamos "realidad social", que es siempre una realidad interpretada. La realidad social es el resultado de la interacción humana precariamente estabilizada, cuyos sentidos se establecen en el intercambio comunicativo entre los individuos. Pero, como es sabido, la comunicación es un proceso difícil y falible: por la heterogeneidad existente entre emisores y receptores y por las incertidumbres generadas por el medio empleado: lenguajes, signos, símbolos.

De ello se sigue que la decodificación del mensaje por parte del receptor, o el establecimiento de sentido acerca de palabras o textos, por parte del intérprete, no sea operación de resultado unívoco, como ocurriría con la operación matemática. Los mensajes o los textos no nos dicen cualquier cosa, pero en muchas oportunidades nos dicen varias cosas distintas. Encierran diversos significados, todos plausibles. De allí que la tarea del intérprete sea, en la mayor parte de los casos, no sólo imprescindible sino, al mismo tiempo, constitutiva. El mensaje, el texto, adquiere su sentido adecuado, a través del acto hermenéutico del receptor/intérprete. Ello explica —entre otras razones— por qué casos muy similares, son resueltos por distintos jueces de manera diversa y, a pesar de ello, sus sentencias resultan igualmente válidas.

Veamos el ejemplo de un texto que acepta diversas lecturas: la frase "todos los hombres son hermanos, como Caín y Abel" permitiría al menos las siguientes: i) ella afirma que todos los hombres se reconocen como pertenecientes a un mismo género y que ese reconocimiento importa solidaridad. Aquí la historia en particular de los hermanos

aludidos no interesa, sino el hecho conocido de que, efectivamente, eran hermanos; ii) o, ella afirma que todos los hombres son hermanos porque una pareja originaria funciona como referencia ancestral. En este caso los hermanos aludidos verifican el aserto; iii) o, ella afirma escépticamente, que no existen relaciones de solidaridad y reconocimiento y que el hombre es el lobo del hombre. En este caso la historia particular de los hermanos es la que cobra singular significación. El texto adquiere sentido por referencia a otro texto. (Este fenómeno es también estudiado por la semiología bajo la denominación de "intertextualidad", vg.: Bajtin, Kristeva y otros.)

La problemática expuesta hasta aquí es sólo una de las múltiples dimensiones del asunto que nos ocupa, cuyo tratamiento exhaustivo demandaría un intento diferente del de estos apuntes. Permitásenos, sin embargo, siquiera de manera elemental, aludir a otra de esas dimensiones, ciertamente vinculada con la cuestión de la intertextualidad. Nos referimos a las relaciones entre lenguaje y metalenguaje/obra y crítica literaria/derecho y doctrina (teoría). Se trata de relaciones establecidas entre unos textos que aparecen como objeto de reflexión de otros textos, los cuales se refieren a los primeros para ordenarlos, explicarlos, desentrañarlos, comprenderlos, estimarlos. Si esa relación se mira desde una perspectiva sincrónica, es decir, como acto único e irrepetible, los términos que la integran mantienen su independencia. Si, en cambio, se aprecia desde una perspectiva diacrónica, introduciendo el factor tiempo y entendiéndola como un proceso, los términos que la componen se complican y sobredeterminan mutuamente. Un ensayo crítico descubre, pone en evidencia, aspectos no apreciados antes en una obra determinada, supongamos una novela. Ella aparece desde entonces resignificada. Esa nueva comprensión de la novela, influye, a su vez, sobre la siguiente mirada crítica que sobre ésa o aun otra novela, se realice más tarde. Así, ambos niveles interactúan y se modalizan. Una cosa semejante ocurre cuando el jurista o el doctrinario introduce interpretaciones novedosas y aceptadas acerca de normas generales o individuales. Las resignifican y así resignificadas constituyen otro objeto de reflexión, distinto del que constituían antes, para las sucesivas lecturas hermenéuticas. Esta circulación (circularidad) del sentido, no es viciosa sino virtuosa. En el caso literario ensancha y profundiza el horizonte temático; en el caso del derecho, permite su actualización y adecuación a nuevas situaciones fácticas que, es sabido, se modifican en nuestra época con incesante vertiginosidad.

Admitido lo anterior, debe concluirse que las disciplinas que se ocupan del lenguaje, de la comunicación, de los signos, del sentido, del discurso, pueden proveer a los juristas insumos de considerable valor para actualizar y profundizar sus estudios, tanto como para problematizar (saludablemente) las matrices teóricas que emplean, las cuales lucen, muchas veces, obsolescencia seculares.

Como las relaciones entre derecho y narración son tan vastas los autores antes invocados han elegido algunas y desechado otras o han enfatizado los aspectos considerados más productivos. Repasemos someramente algunos casos.

2. Ronald Dworkin, por ejemplo, ha escrito un célebre ensayo que se titula, precisamente, ***“Como el derecho se parece a la literatura”*** (1997). *“...Propongo pues —dice— que podemos mejorar nuestra comprensión del derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento, en particular en la literatura”* (pág. 143). Sostiene la tesis de que los jueces actúan como narradores que tienen a su cargo producir un texto. Este, ya tiene un comienzo que otros jueces han escrito; al capítulo que a él le corresponde producir, le seguirán otros capítulos, escritos, a su vez, por otros jueces. Su libertad creativa de intérprete, resulta así acotada, porque no puede ignorar el entretejido lógico-argumentativo que lo precede, ni dejar de hacerse cargo —al menos en algún sentido— del que lo sucederá. El deber del Juez será el de interpretar la historia que encuentra, que es dada a su intervención y no inventar(se) una historia mejor. Sin embargo —admite Dworkin— no hay fórmulas algorítmicas que permitan encontrar la solución adecuada. Ella estará orientada —según su conocido punto de vista— por la combinación de normas, principios y valores políticos que permitan la realización de ciertas finalidades sociales y no de otras. El derecho, entendido como una práctica interpretativa será, en opinión de nuestro autor, *“...una cuestión profusa y profundamente política”*. En el ensayo de referencia destaca el isomorfismo existente entre la tarea del crítico literario y la del jurista. El primero, en cuanto intérprete, debe exhibir —sostiene— la lectura o clave o dirección que, de mejor manera, revele al texto como una verdadera obra de arte. Claro que la hermenéutica literaria no es tarea unívoca y que habrá muchas maneras posibles de llevarla a cabo. Sin embargo, ninguna de ellas podrá, al menos válidamente, adulterar la obra original. Hamlet podrá ser pensado como un esquizofrénico, o como un edípico, pero no como un personaje ligero o banal. El juez o el jurista que interpreta, también tiene la limitación de no adulterar el material que analiza: declaraciones de los testigos, confesiones de las partes, alegatos de los abogados, normas aplicables, dictámenes periciales. Por eso, sostiene: *“...la opción respecto a cuál de los varios y distintos sentidos posibles que pueden estar detrás de la intención del vocero o de la legislación es el correcto, no puede remitirse a la intención particular de nadie y debe ser decidida, por quienquiera que esté encargado, como un asunto de teoría política”* (pág. 169). Tanto en términos literarios como jurídicos, desecha las tesis intencionalistas (que procuran encontrar la intención del autor), para privilegiar visiones más estructurales o más holísticas. Afirma: *“Y por supuesto, hoy por hoy, es una vieja verdad establecida en la sociología de la literatura, y no sólo en la contribución marxista a esta disciplina, que el modo o la moda en el arte de la*

interpretación siempre ha sido muy sensible a, y expresa en sí misma, estructuras políticas y económicas más amplias" (pag. 178).

Lo expuesto constituye una breve síntesis del ensayo aludido que, como toda la obra de su autor, es en extremo polémico. Existe una actitud estipulativa algo hipertrofiada en Dworkin: parte de peticiones que no siempre justifica y, claro está, de ese modo llega a conclusiones plausibles. Pero no es el objeto de este trabajo discutir con los autores mencionados como ejemplo, sino mostrar esquemáticamente el enfoque que ellos brindan.

3. El crítico y filósofo inglés Terry Eagleton (1987), sin inmiscuirse en el tema del derecho, ha realizado un revelador análisis del proceso de evolución metódica de la crítica literaria, cuyos parentescos y similitudes con los criterios clásicos de la interpretación jurídica, resultan inmediatamente obvios. En un primer momento, sostiene, interpretar el sentido de una obra consistía en "descubrir" la intención del autor. Así, para entender las complejidades del alma de Raskólnicoff y su acto criminal, era preciso bucear en las agonías existenciales del autor de *"Crimen y castigo"*. O para entender si la sonrisa de *"La Gioconda"*, era producto de su temperamento enigmático o de una tara congénita, resultaba necesario conocer la relación de la modelo con Leonardo y si acaso, este último, poseía un genio descriptivo o irónico. Después vino otro tiempo, en el que la obra de arte se independiza de su autor. Ya no importa la intención originaria. La obra adquiere sentido como unidad, como totalidad, como estructura. Es su equilibrio, la articulación de cada una de sus partes, la que la dota de significación. Es el tiempo del estructuralismo. Uno de sus más caracterizados representantes, Roland Barthes, decía que el autor había muerto, lo sobrevivía el escritor, el pintor, etcétera. Por último, se produce lo que Eagleton reconoce como la "rebelión del lector"; la obra está abierta a múltiples sentidos (U. Eco), los que en buena medida se constituyen a través de la "mirada" (lectura/interpretación) que sobre ella se despliega. Por eso, cuando leemos un libro más de una vez, mediando tiempo significativo entre un acto de lectura y otro, no conseguimos leer el mismo libro. Somos dos lectores distintos. También por eso, *"El nombre de la rosa"*, para volver a Eco, es un texto con muchas lecturas posibles y distintas: como novela histórica o filosófica o policial o religiosa.

¿No es posible encontrar en estos momentos de evolución de la crítica literaria, una franca correspondencia con el predominio de la exégesis, del método sistemático o de la interpretación creativa de los jueces (de H. Kelsen a J. Frank, de K. Larenz a F. Ost), respectivamente?

4. Marta Nussbaum, la notable filósofa norteamericana, en un bello libro que se denomina *"Justicia Poética"*, (1997) propone que la

imaginación literaria que exalta las emociones y los sentimientos debe impregnar, aunque no reemplazar, las reglas que rigen el razonamiento jurídico y moral. "...una ética de respeto imparcial por la dignidad humana no logrará —afirma— comprometer a seres humanos reales, a menos que éstos sean capaces de participar imaginativamente en la vida de otros, y de tener emociones relacionadas con esa participación. ...Aunque estas emociones tienen limitaciones y peligros, y aunque su función en el razonamiento ético se debe circunscribir cuidadosamente, también contienen una vigorosa aunque parcial visión de la justicia social y brindan poderosos motivos para la conducta justa" (Prefacio).

Un punto de vista similar expone el destacado epistemólogo y filósofo francés Edgar Morin. Poco antes de que estas páginas fueran escritas, Morin, de paso por Buenos Aires, fue reportado por nuestro colega Claudio Martyniuk, para el Diario Clarín. Ante una pregunta acerca de si la ciencia era la única forma legítima de acceder al conocimiento, contestaba: "*Me parece que la ciencia es un modo de conocimiento que tiene su valor, su modo de verificación y su búsqueda de objetividad, pero también sus limitaciones... Las ciencias sociales no pueden revelar las vidas personales, los sujetos con su ambiente, sus pasiones, el odio, el amor. Pienso que si queremos comprender el mundo humano, la literatura es fundamental. A través de las novelas se pueden entender las distintas formas del amor y la ambición, su papel central en nuestra sociedad. La obra de Proust es un ejemplo de un modo de conocimiento más sutil. Y también la poesía, que nos hace comunicarnos con la cualidad poética de la vida. En mi concepto, la vida es una alternancia de prosa y poesía... Pienso que no hay un solo conocimiento que no tenga valor. El que se verifica a través de las artes, de la literatura es un conocimiento más difícil, con más incertidumbres, pero concierne más fundamentalmente a las personas (Suplemento Zona 30/01/00)*".

Según se verá, otros autores también comparten tal perspectiva epistémica.

5. Bert Van Roerdmund, en el trabajo mencionado más arriba explica que, cuando el relato se ocupa del derecho, muestra la imagen que la sociedad tiene de sí misma, como orden social más o menos justo. De este modo, lo narrativo determina (constituye) como imagen autorreferencial, una cierta forma de conocimiento.

Es este autor, quien con mejores recursos pone de manifiesto que la precedencia lógica del acontecimiento por sobre el relato no se altera o invierte sólo en la literatura. Ello también acontece en el derecho porque, en buena medida, el discurso del derecho se organiza a través de múltiples relatos y, como se explica más adelante, ese género ha superado el recurso al uso del tiempo cronológico. El tiempo del relato es discontinuo y recursivo. En el próximo y final apartado, procuraré, desde mi propia perspectiva, pero sin renunciar a apoyarme en algu-

nas ideas de Van Roerdmund, intentar una explicitación acerca del postulado isomorfismo entre la producción del discurso literario y la del discurso jurídico.

Las conclusiones, si resultaran acertadas, deberían generar efectos pertinentes en dos ámbitos especialmente importantes de la teoría. En primer término, en el que concierne a la base epistemológica que reclama el derecho complejo de las sociedades actuales y, en segundo término, en el de la problemática de la interpretación, en la que siempre se privilegia sólo alguna o algunas de sus múltiples dimensiones cognitivas.

6. En la trama del derecho existen, entonces, múltiples relatos, algunos más escondidos que otros, que los operadores jurídicos —en especial los jueces— deben desentrañar y, para ello, comprender. Pero, he aquí el problema y el desafío. La comprensión (*verstehen*) constituye una de las tradiciones epistémicas más relevantes en relación con las ciencias humanas y sociales, desarrolladas desde mediados del siglo XIX, hasta el presente. Una tradición que evoluciona y se transforma permanentemente y que contiene en su seno autores tan significativos como Dilthey, Weber, Schutz, Winch, Gadamer, Davison, Ricoeur y otros. Todos ellos, ofrecen perspectivas de análisis interesantes y al propio tiempo, disímiles.

Para Dilthey, comprender implicaba ponerse en el lugar de otro, recrear el clima de época y el contexto de la acción estudiada. Alcanzar así un estado de "empatía" entre el investigador y lo investigado. Para Weber era preciso alcanzar un mayor grado de objetivación. Proponía la creación de arquetipos o "tipos ideales" de conducta, para compararlos con las conductas reales y poder comprender éstas, en su distancia o desviación respecto del modelo. Schutz, introdujo la fenomenología de Husserl, haciendo hincapié en el proceso de socialización que hace de cada individuo un sujeto semejante a su grupo de pertenencia y con ello, inteligible su conducta para el grupo. Winch, aporta el giro lingüístico, postulando que la conducta social es aprehensible a partir de los procesos de socialización lingüística. Trae, así, al campo de las ciencias sociales, la filosofía del segundo Wittgenstein. Gadamer funda el proceso comprensivo en la hermenéutica, describiendo la tensa y conflictuante relación entre texto y lector, superada en la síntesis interpretativa. Basten estos ejemplos, no exhaustivos, para exhibir la riqueza y complejidad del proceso que apuramos bajo la idea de comprensión. Todos estos puntos de vista, agregan algo para la comprensión de la "comprensión". Habría que sumar aun a este campo de complejidad y riqueza conceptual, los aportes de la semiología, la teoría del discurso y el psicoanálisis. Con todo ello, tomar razón de la variedad y profundidad de las transformaciones que organizan los horizontes de sentido de la postmodernidad o, dicho de otro modo, la heterogeneidad caleidoscópica que constituye el universo de nuestras representaciones, en tanto seres humanos situados aquí y ahora.

Los fenómenos se han tornado más complejos y los instrumentos para explicarlos y comprenderlos no pueden sino acompañar esa complejidad. Los juristas —tanto como el resto de los científicos sociales— no deberían seguir conociendo con las mismas categorías de las que se valían veinte o treinta años atrás (siendo que a menudo lo intentan con las de hace siglos).

Detengámonos en la materia narrativa. Si fuera cierto, como se afirmó más arriba, que en la trama del derecho (del proceso, por ejemplo) existen múltiples relatos (el de las normas, el de los acontecimientos descritos por las partes o los testigos, el de los peritos, los abogados, los doctrinarios o los jueces) debemos contar, entonces, con recursos conceptuales (teóricos) que nos permitan entenderlos, descifrarlos, tornarlos consistentes, según la perspectiva en la que estemos ubicados en el juego (el juego del proceso), en cada caso concreto. La teoría literaria enseña que la narrativa moderna rompe con la linealidad histórica, reorganizando el tiempo de manera fragmentaria, discontinua y recursiva. En el proceso judicial pasa otro tanto, el tiempo va y vuelve. Cada "hablante" organiza el tiempo de su relato según su propia disposición, de atrás hacia delante, del medio hacia el final, para volver al principio. Es sólo la conclusión de su discurso la que atribuye sentido definido a la secuencialidad elegida. El intérprete tiene que tener la posibilidad de "comprender" y atribuir sentido a la heterogeneidad temporal de los relatos a riesgo, en caso contrario, de que resulten para él, inextricables o patológicos.

La literatura moderna rompe también con el representacionalismo como modo (excluyente) de conocer. Durante mucho tiempo se pensó que acceder a lo real implicaba representarlo, como *proyección* hacia el mundo interior y como *reflejo* hacia el mundo exterior. La epistemología de las ciencias sociales piensa hoy a la representación, sólo como momento de un proceso cognitivo más complejo. Alfred Schutz (1993) sostendría que lo real puede aprehenderse sólo como representación (abstracción) de la suma total de perspectivas desde las cuales lo real es observado. Dicho de otro modo, ninguna "mirada" unilateralmente considerada, puede dar cuenta de toda la realidad. La realidad se constituye socialmente, cómo suma y articulación del conjunto de "miradas" posibles. En ese respecto, la literatura pone de manifiesto de manera ejemplar, como la trama se despliega siempre desde algún lugar, desde algún punto de vista. Y tanto la semiología, cuanto el psicoanálisis, advierten que aquella contiene múltiples sentidos, que se enhebran y articulan según puntuaciones que se producen desde una hermenéutica constitutiva. Esto es, desde una interpretación que ordena las secuencias de los significantes y los significados, para elegir algunos de los múltiples sentidos implicados en la trama. La trama de la novela, de la crónica o del proceso.

Un ejemplo puede ayudar a entender lo que a primera vista parece algo engorroso. La oración: i) 'se casaron y tuvieron hijos', es bien dis-

tinta de la oración: ii) 'tuvieron hijos y se casaron'. Entre i) y ii) no median sólo secuencias temporales diferentes, median connotaciones morales y jurídicas bien distintas. Las concepciones generales vigentes, las ideologías, los valores, determinan las interconexiones significativas de los textos y de los relatos y tales concepciones generales son las que se dinamizan a través de la actividad del intérprete, que en ningún caso es solipsística, sino social. No hay un intérprete, sino multiplicidad de intérpretes. Porque su interpretación es social, el intérprete es un sujeto sujetado. Tiene libertad, pero también límites. El relato sobre un hecho acaecido resulta de un material disperso, desordenado y caótico. Quien ordena ese material (novelista, cronista, jurista) selecciona, ordena, desecha, omite (y agrega). La plausibilidad fáctica de los acontecimientos descriptos, depende en gran medida de la coherencia narrativa. Pero no sólo de su coherencia interna, sino también de su coherencia con los otros relatos (representaciones, ideologías, valoraciones, precedentes) que circulan en el espacio público de la comunicación.

He aquí algunas relaciones significativas, algunos "descubrimientos" temporales o cognitivos, que alcanzamos cuando abrimos nuestra reflexión "idiosincrática" de juristas, hacia otras reflexiones disciplinares y nos permitimos romper nuestro aislamiento autológico. En los párrafos precedentes hemos procurado plantear problemas y no ofrecer soluciones; lo que podría no ser poco si fuera cierto, como dice Popper, que el conocimiento siempre comienza por un problema.

Baste destacar, para finalizar, dos de las conclusiones que recorren estas páginas: i) entender desde una matriz problemática, el modo en que los discursos sociales producen sentido, es un modo de entender como (re)producen "sociedad", es decir, consenso, legitimidad, poder, ideología, (conf. Teun van Dijk, 1999); y ii) la semiología y la teoría del discurso, pueden ser de sustancial ayuda para la investigación teórica en el campo del derecho, a condición de renunciar a las tradicionales visiones reductivistas, que lo conciben como pura esencia o como pura normatividad, para comenzar a comprenderlo en su dimensión social y en su complejidad estructural.

Buenos Aires, abril de 2000.

### **Referencias bibliográficas**

DIJK, TEUN VAN (1999), *"Ideología"*, Ed. Gedisa, Barcelona.

DWORKIN, RONALD (1997), *"Como el derecho se parece a la literatura"*, en "La decisión judicial", Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

EAGLETON, TERRY (1985), "*La Rebelión del Lector*", en *Revista Punto de Vista*, Buenos Aires, Octubre 1985, N° 24.

NUSSBAUM, MARTA (1997), "*Justicia Poética*". Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile

SCHUTZ, ALFRED (1993), "*La construcción significativa del mundo social*", Paidós, Madrid / Buenos Aires.

VAN ROERDMUND, BERT (1997), "*Derecho, relato y realidad*", Ed. Tecnos, Madrid.

**DOCUMENTOS**

DISERTACION DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA  
DE CHILE, DOCTOR RICARDO LAGOS ESCOBAR, AL RECIBIR  
EL TITULO DE DOCTOR HONORIS CAUSA DE  
LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

"Ética y Globalización"

Sr. Rector de la Universidad de Buenos Aires, estimado amigo ex Presidente Raúl Alfonsín, estimados amigos y amigas, autoridades presentes, comitiva que me acompaña.

Agradezco muy hondamente esta distinción que viene de una Universidad con el prestigio de la Universidad de Buenos Aires, y con la cual se ha querido honrar al Presidente de Chile. Agradezco también a muchos a quienes en esta audiencia, en distintos momentos de la vida, me he cruzado en la academia, en la política, en el transitar de un ciudadano con intereses en los temas públicos de nuestro continente.

Este reconocimiento tiene una significación especial, tanto por la trayectoria académica de la institución que lo otorga, como por la vinculación que me recuerda a esta ciudad.

Fuimos acogidos con mi familia en Buenos Aires, como muchos de ustedes lo saben, cuando salimos de Chile. Significó, en cierto modo, el mantenimiento de una tradición en donde la cordillera —que según algunos nos separa— ha servido también como línea divisoria para acoger el pensamiento cuando en nuestras latitudes se ha visto obligado a emigrar. La cordillera se ha erigido, así, como un escudo para permitir que el pensamiento siga floreciendo.

Buena parte de mi vida estuvo vinculada al sistema universitario de mi país. He reflexionado mucho sobre el tema de las Universidades en nuestro continente y lo que ellas han significado en ese largo proceso de gestación de nuestras naciones. Resulta muy difícil explicar el crecimiento de nuestros países sin tener presente la forma en que las Universidades fueron determinantes para la construcción del Estado Nacional.

En cierto modo, a medida que nos asentábamos en nuestros territorios como naciones independientes, nuestros antepasados intuieron que sin capacidad de desarrollar la ciencia, la cultura y el conocimiento, habríamos estado construyendo sociedades a las que les

faltaba el alma misma. Eso es lo que ha significado esta Universidad Nacional, como tantas otras en Argentina. Eso es lo que ha sido en Chile la Universidad de Chile desde su fundación, alma de nuestras naciones.

Por ello creo que hoy día las Universidades de nuestra América Latina tienen un papel irremplazable que cumplir en la próxima etapa que debemos emprender. Si ellas no lo cumplen, significará una pérdida que lamentaremos posteriormente.

Es mucho lo que tenemos que recibir de nuestro actual sistema universitario y por eso creo que la sociedad tiene que hacer posible el trabajo universitario en las condiciones adecuadas. Asimismo la Universidad tiene que servir al país en sus diversas circunstancias porque siempre ha sido así. Toda sociedad ha necesitado de un ente que sea capaz de estudiar y de escudriñar a la sociedad misma.

A ratos se nos olvida que la Universidad no solamente forma jóvenes sino que es el elemento esencial para el desarrollo del pensar profundo de nuestra sociedad y es aquí donde me parece que hoy la Universidad tiene que servir y aportar.

Creo que el gran desafío que tendremos en este siglo que se inicia es este fenómeno del cual todos hablamos tanto, la globalización. En este cambio cualitativo de la antigua vinculación de nuestros países con el acontecer internacional, sabemos que la pregunta relevante no es ya si participar o no en la globalización, toda vez que el aislamiento no es una opción realista.

Sin embargo, reconocemos que algunas formas de incorporación son mejores que otras y que para nuestros países no da lo mismo cómo nos incorporamos y cómo enfrentamos este fenómeno. Es en este sentido donde creo justamente, que las Universidades tienen mucho que aportar.

Quisiera entonces en esta tarde, como una forma de retribuir la distinción que se me otorga, hacer una brevísima reflexión en primer lugar, sobre los elementos éticos que hay tras este fenómeno. En segundo lugar, sobre cuál es el aporte que tenemos que hacer desde el punto de vista de las políticas para enfrentarlo, y por último sobre cómo preparamos intelectuales y profesionales para la altura de este desafío.

El primer punto a clarificar se refiere a cuál sería un criterio ético para enfrentar la globalización. Considero que en el pasado se hizo mucho daño desde una visión simplista e ingenua de la modernización, situación que de a ratos se repite con la globalización. Al igual que con la modernización que todo lo podía, se supone con frecuencia

y con poco fundamento, que la globalización es un proceso inexorable y que sólo obedece a su propia lógica, que se la puede alabar o denostar pero que somos incapaces de modificar su esencia.

Se presupone que se puede ser enemigo o cómplice de este fenómeno, resignando así la posibilidad de comprometer nuestra libertad de modo lúcido y voluntario y sesgando la definición de la agenda pública.

Esta conclusión, de que el fenómeno está allí y que nada podemos hacer, nos llevaría a desesperar del humanismo mismo que hay en cada uno de nosotros. En cambio, como señala Octavio Paz, hay tantas modernidades como sociedades y me atrevería a decir, hay tantas globalizaciones como sociedades la enfrentan.

Allí es donde me parece que está también la posibilidad de interactuar e incidir. Incidir sobre aspectos políticos, tecnológicos, científicos, productivos, culturales comunicacionales y sociales.

Vemos entre nosotros cómo la globalización aparece como un proceso fracturado y espasmódico y no es extraño entonces que existan justas posiciones penosas e incluso grotescas.

Quisiera sostener que hay espacio para establecer políticas públicas que mejoren la forma en que nuestras sociedades se incorporan a este fenómeno y que si hay espacio para incidir, entonces tiene que haber un criterio ético para fundar dichas políticas.

La incidencia que hagamos en el fenómeno al cual estamos abocados en el futuro próximo, tiene que tener un fundamento ético y moral. Tenemos que ser capaces desde la razón de percibir una diferencia entre lo que existe y lo que podría existir.

Es una tensión que viene desde siempre, entre el ser y el deber ser. La posibilidad de llegar a ser algo distinto de lo que somos o que las cosas que se nos presentan como inmutables, sean de otra forma.

Nuestra capacidad de incidir en el fenómeno es lo que tenemos que reivindicar a partir de lo que hagamos aquí, en la Universidad.

Vemos que en algunos medios está en discusión la posibilidad misma de argumentar, la posibilidad de encontrar una respuesta a cómo discutimos la agenda de las políticas públicas frente a la globalización.

Sostengo que el ejercicio de la razón posibilita la crítica de lo que existe y la exploración de alternativas para que la razón encuentre un freno en sí misma, en sus errores potenciales.

Lo importante es que ya puede expresarse libremente la verdad. Hemos aprendido que la verdad tiene muchas caras y que no es motivo de orgullo de nadie por más intensamente que dicha persona viva su verdad. Esto es pluralismo, esto no es relativismo.

El imperativo ético tiene que ser racional, debatible, no subjetivo o producto de algún voluntarismo. Para ello, este imperativo tiene que poder ser formulado como una regla moral general y no como expresión de los intereses de un grupo, de un sector o a nivel individual.

Es claro que existe un imperativo moral categórico conforme al cual cada uno actúa reconociendo a los demás no como fines sino como medios, de modo que la norma de acción propia pueda ser una ley universal: tratar a los demás como se espera que lo traten a uno.

Este imperativo moral categórico admite distintas formulaciones en el ámbito social y las políticas públicas tienen que tener como principio rector el que nuestras sociedades deben generar una creciente igualdad de oportunidades para cada uno de sus hijos independientemente de su condición social.

Fue a partir de este principio rector que utilizamos a la educación como el elemento central para igualar oportunidades en nuestras sociedades durante los siglos XIX y XX, y fue la Universidad el elemento superior de la igualdad de oportunidades en nuestras sociedades.

De esta creciente igualdad de oportunidades se deriva un aumento de libertad para las personas en lo social, en lo económico, en lo político, en lo cultural. Representa una modalidad de habilitación para ellas y para su futuro. Es lo contrario de una ideología central.

Desde un punto de vista absoluto o excluyente, este imperativo social también tiene que regir entre los países de modo que también entre ellos exista una norma de acción propia que pueda ser una ley universal: tratar a los demás como se espera que lo traten a uno.

Es en este tema donde creo que hay mucho por hacer. Tiene que haber una institucionalidad internacional multilateral y un mejor sistema de reglas compartidas sobre diversos temas. Ciertamente sobre comercio internacional pero también sobre otros temas como derechos humanos, población, desarrollo social, derechos de la mujer, etc.

En otras palabras, si vamos a abordar el tema de la globalización es indispensable que nos planteemos cuáles van a ser las reglas de esa globalización. Las reglas incipientes que hoy tenemos no son suficientes, y la mejor demostración es lo ocurrido recientemente en la última reunión mundial en Seattle donde distintos grupos de la sociedad civil, a partir del reconocimiento de lo que existe, exigieron normas y

regulaciones de una globalización que sin normas con fundamentos éticos no va a ser sino la vieja ley en donde las sociedades más fuertes imponen sus puntos de vista a las sociedades más débiles.

Si repensamos en esta nueva forma el fenómeno de la globalización, para que pueda tener principios y fundamentos éticos en donde los distintos países y sociedades tengan posibilidades de llegar a ser, creo que sería muy ingenuo sostener que la simple prédica de igualdad de oportunidades a nivel internacional, va a fortalecer una mejor trayectoria nacional.

Por eso considero que tienen que existir cursos de acción, flujos de información desarrollados en el ámbito público, en las universidades, en las comunidades, en el sector privado que puedan plantear estos elementos.

Una razón meramente tecnocrática no nos va a dar la respuesta. Tenemos que ser capaces de pensar a largo plazo.

Creo que una trayectoria óptima debería tener al menos dos características.

En primer lugar cómo hacerlo de manera integral. Esto es, considerar todos los aspectos del fenómeno. Las políticas de globalización tienen que referirse a todos sus aspectos: tecnología, economía, cultura, política, medio ambiente, etc. Pretender que sólo vamos a abordar las reglas en el ámbito económico es absolutamente insuficiente. No obstante, si bien esto es lo que aparece como punto central, un enfoque parcial sin duda va a ser tremendamente ineficaz y va a generar desequilibrios internos.

No es seguro que un país con islotes o retazos globalizados pueda avanzar. Los países o avanzan todos o no avanzan y mi temor, a ratos, es que el fenómeno de la globalización signifique que en el interior de nuestras sociedades empiecen a surgir segmentos y grupos humanos vinculados al fenómeno y otros segmentos y grupos humanos que quedan atrás. Es allí donde la globalización opera como un elemento adicional que fractura nuestras sociedades. Una sociedad con sectores que se globalizan y con otros que quedan atrás, es una sociedad a la larga, con tremendas tensiones sociales, con tremendas diferenciaciones que van a hacer imposible que pueda funcionar a futuro.

La historia de América Latina está llena de ejemplos de situaciones de una tremenda heterogeneidad estructural, como la llamábamos antes, que no se disuelven en una modernización compartida sino que por el contrario, se reproducen y profundizan. Si sólo nos alcanza para una globalización selectiva, para unos pocos, ¿qué precio vamos a pagar entonces?

La segunda característica se refiere a cómo nos orientamos a generar y mantener diversos bienes y servicios públicos al alcance de todos.

Se trata de bienes que siendo indispensables para una inserción exitosa en este mundo de hoy, es previsible que su oferta sea insuficiente sin la participación activa del ámbito público. Es el Estado quien puede formular, gestionar y evaluar políticas para que puedan participar todos.

Si el desarrollo tecnológico está en el centro del proceso de la globalización, debemos tener la capacidad de dominar la nueva tecnología, de negociar contratos, copiar desarrollos, gestionar el proceso de innovación. Para ello se requiere un sistema educacional y de investigación de calidad mundial así como metas nacionales de gastos en innovación y desarrollo. Es en este contexto, que quiero señalar aquí que la ciencia básica es un recurso estratégico. No es un lujo la vieja distinción entre ciencia pura y aplicada. Creo que es una distinción que en el mundo de hoy, no tiene sentido. O investigamos y hacemos ciencia o no participamos del mundo que se abre ante nuestros ojos, y es aquí donde me parece tan importante el rol del sistema universitario.

En nuestros países, en el terreno económico, nunca los gobiernos han podido elegir a gusto qué tasa de interés les parece adecuada o los niveles de producción y empleo.

Ello nos viene dado, como recordábamos hace poco en la conversación previa a esta ceremonia. Existen límites en nuestras políticas económicas, eso lo sabemos. El principal efecto de la globalización ha sido cambiar la temporalidad y la celeridad de las consecuencias.

Como siempre, la sabiduría económica consistirá en la combinación de políticas que tengan una mejor rentabilidad, pero desde el punto de vista social, me parece importante comprender que, así como tenemos que adaptar nuestras políticas económicas a un mundo global, tenemos también que entender que ese mundo global nos obliga a repensar muchos elementos hacia el interior de nuestros países.

Es por eso que el campo de las políticas redistributivas tradicionales se angosta, pero se abren otras posibilidades mediante el aumento de la productividad.

Buenos empleos y remuneraciones crecientes señalan un camino de desarrollo nacional pero muchas veces en nuestras sociedades, esto está aún inexplorado. Las discusiones sobre distribución del ingreso siguen ancladas en los años '60. Falta proponerse disminuir la heterogeneidad entre los sectores y regiones de nuestros países.

En el ámbito cultural, resta decir que el aumento de las comunicaciones opaca las diferencias entre los países pero también afecta la propia identidad nacional. Algunos celebran la recepción de mensajes culturales y otros lamentan la pérdida de los valores tradicionales. ¿Cuáles son las políticas públicas que definimos ante este fenómeno que está allí para quedarse?

Es claro que hay que facilitar el acceso a las comunicaciones incluyendo por cierto, el cómo somos capaces de aquí a un tiempo breve, tener un correo electrónico para cada uno de los habitantes de nuestros países. Eso nos va a presentar posibilidades impensadas de cómo entendemos la política, porque allí vamos a tener la posibilidad de generar en este mundo globalizado cambios electorales que son contagiosos y eso me parece muy importante.

Lo que ha ocurrido en materia de enjuiciamiento y violaciones a los derechos humanos también empieza a globalizarse mediante convenciones y cortes internacionales especializadas y lo mismo respecto al medio ambiente. El tema es quién va a poner las reglas en cada una de estas materias, en qué foro, qué países, qué gobernantes, qué gobernados, en qué espacio se definen las reglas internacionales de medio ambiente, de derechos humanos o de sistemas electorales.

Podemos decir que la globalización puede ser una amenaza para América Latina si nuestras políticas son confusas e insuficientes, pero también está la posibilidad de lograr que favorezca el desarrollo y el bienestar si tenemos políticas claras que busquen incidir en la definición de las reglas por las cuáles la globalización va a ser definida en este siglo.

Eso es lo que me parece esencial detrás del esfuerzo de nuestros países en América Latina: pensar en común frente a estos temas.

Si pensamos en común frente a estos temas, podremos tener una voz que tal vez pueda incidir en las reglas de este fenómeno con el cual vamos a tener que vivir. Por ello me parece tan importante que en una democracia se asegure que todas las opiniones e intereses puedan estar representados en la agenda del debate.

Hay que asegurar que la opción que emerge del seno de la Universidad pueda también ser una opción que pueda aportar a este cambio.

Creo que en este nuevo mundo que se abre ante nosotros, lo que las universidades tienen que atreverse a apostar es a cómo somos capaces de avanzar hacia los estudios de cuarto nivel.

Es cierto que hemos avanzado mucho pero me parece también que la modernización y globalización al final son conocimiento, y el

conocimiento en el mundo universitario de hoy plantea *tremendos* desafíos a nuestras propias universidades.

Estamos entrando en la era en que la expansión de nuestras *uni-*versidades tiene que ser más cualitativa que cuantitativa. En el S. XIX y XX el gran desafío era cómo expandíamos el sistema universitario. *Te-*tenemos un sistema universitario que cubre buena parte de nuestros *es-*tudiantes que egresan de enseñanza media pero hoy el conocimiento *no* lo da la universidad con los estudios de tercer grado sino precisamente en el posgrado donde está la frontera del conocimiento y a donde *tene-*mos que apuntar. Es allí donde creo que estamos atrasados. Entiendo que hacia el año '97 Argentina tenía menos de 5000 alumnos en el doctorado y Chile menos de 1000. Esa falta de masa crítica es dramática.

América Latina en su conjunto, produce sólo el 1% de la ciencia en el mundo. Con estas cifras ¿cómo podemos competir en el mundo *del* conocimiento en serio?.

Claro que uno llega acá y reconoce los tres premios Nobel que *ha* tenido Argentina (Leloir, Hussay y Milstein) pero en un mundo globalizado, las universidades no sólo compiten entre ellas a nivel nacional sino fundamentalmente a nivel internacional.

El conocimiento que se produce a nivel local es insuficiente. Una institución individual aislada no puede generar conocimientos con la velocidad y profundidad que el cambio requiere. Hasta ahora nuestras universidades han emprendido esfuerzos de internalización fundamentalmente a través de la formación de posgrado y proyectos de investigación conjunta lideradas por académicos de alto nivel.

En algunas disciplinas no nos hemos abierto hacia una cooperación institucional en gran escala. Nos falta desarrollar mucho más una cultura universitaria de cooperación. De a ratos tenemos una cultura universitaria de cooperación con centros académicos de países mucho más avanzados que el nuestro, pero no una cultura universitaria de cooperación entre nuestras universidades de la región.

Por eso me parece que tenemos que aprender también de otros. No deja de ser extraño que desde el año 1987 los gobiernos europeos, directamente han estado empeñados en favorecer y alentar la cooperación entre las entidades de educación superior.

En Europa, nuevas líneas han sido derivadas en esta gran visión de comunidad de naciones a través de programas como el Sócrates o el Leonardo. En nuestra región, hemos hablado de movilidad, hemos asumido expresamente un compromiso en este sentido en el Compromiso de Brasilia suscrito por los Ministros de Educación y que forma parte de un plan trienal que debemos evaluar.

En el año 2000 yo quisiera que diéramos un paso largo y más rápido y me gustaría que fuéramos capaces entre nuestras universidades de explorar programas comunes de posgrado.

Nuestras universidades pueden y deben ejercer un liderazgo en este proceso facilitando transferencias de créditos académicos para que jóvenes vayan en una y otra dirección. Para que un programa de cooperación interuniversitaria a nivel de doctorado funcione, tenemos que acreditar la calidad de los programas que se imparten así como un componente fundamental en el mejoramiento de la educación superior.

Digámoslo con franqueza, en tanto sea sólo en el hemisferio norte, y en parte de ese hemisferio norte, donde el grueso de la investigación y el desarrollo y los programas de posgrado se desenvuelvan, nosotros vamos a estar teniendo un desarrollo trunco, nuestra capacidad de incidir en un fenómeno como la globalización será cada vez más difícil y complejo porque nos faltará el elemento central, el conocimiento que está en la frontera del conocimiento, ese conocimiento que está en la punta y que sólo se da en las instituciones de cuarto nivel.

Es aquí entonces donde quisiera aprovechar Sr. Rector, el estar en esta casa que me acoge, con este doctorado que realmente aprecio en todo su valor, para decir que quiero recibir este doctorado y a cambio de él quiero lanzar un desafío en presencia del Rector de la Universidad de Chile que nos acompaña, de mi delegación y en presencia suya. Estamos en condiciones con un apoyo público desde los gobiernos, de generar espacios para que nuestras universidades inicien programas de cuarto nivel y en donde podamos también aquí entender que si hablamos con una sola voz, la voz de la ciencia y la academia, a lo mejor es posible participar de una manera más ilustrada y de una manera más efectiva en los desafíos que como sociedades y países vamos a tener que enfrentar en este mundo globalizado.

Si aquí generamos polos de conocimiento, no me cabe duda que van a estar en condiciones, los que ejerzan mañana políticas públicas a nivel internacional, mucho mejor capacitados para entender que la globalización es una oportunidad y no una desgracia porque la supimos manejar con la altura que nuestras sociedades merecen.

Como siempre, el comienzo de cada política está en el verbo y en el pensamiento. El verbo y el pensamiento están aquí en las universidades. De aquí tienen que salir las luces para las tareas que tenemos que abordar.

Muchas gracias Sr. Rector por este reconocimiento, muchas gracias a todos.

OEA/Ser.P  
AG/RES. 1706 (XXX-O/00)  
5 junio 2000  
Original: español

## RESOLUCION

### PROMOCION Y RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

(Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2000, y pendiente de edición por la Comisión de Estilo).

LA ASAMBLEA GENERAL,

RECORDANDO sus resoluciones 1270 (XXIV-O/94), 1335 (XXV-O/95), 1408 (XXVI-O/96), 1503 (XXVII-O/97), 1565 (XXVIII-O/98) y 1619 (XXIX-O/99);

HABIENDO CONSIDERADO el informe del Secretario General presentado en cumplimiento de la resolución 1619 (XXIX-O/99) (CP/CAJP-1649/00) y el informe del Consejo Permanente relativo a la promoción y respeto del derecho internacional humanitario (CP/doc. 3314/00);

PROFUNDAMENTE PREOCUPADA por las persistentes violaciones del derecho internacional humanitario que tienen lugar en el mundo y en particular por la suerte de la población civil que es objeto creciente de ataques en contravención de las normas fundamentales aplicables;

RECORDANDO que es obligación de todos los Estados respetar y hacer respetar, en todas las circunstancias, las normas establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y, cuando corresponda, para aquellos Estados que son parte, las normas contenidas en sus Protocolos Adicionales de 1977;

SUBRAYANDO la necesidad de fortalecer las normas del derecho internacional humanitario, mediante su aceptación universal, su más amplia difusión y su aplicación;

CONSCIENTE de la necesidad de sancionar a los responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como otras violaciones graves del derecho internacional humanitario;

TENIENDO EN CUENTA EN ESTE CONTEXTO el significado histórico de la adopción en Roma del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

RECONOCIENDO UNA VEZ MAS los esfuerzos permanentes del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para promover y difundir el conocimiento del derecho internacional humanitario y las actividades que lleva a cabo en su condición de organización imparcial, neutral e Independiente, en toda circunstancia;

TOMANDO EN CONSIDERACION las recomendaciones hechas en 1995 por el Grupo de Expertos encargado de identificar los medios prácticos para promover el pleno respeto del derecho internacional, humanitario y la aplicación de sus normas, en particular, la relativa al establecimiento de comités o comisiones nacionales para asesorar y asistir a los gobiernos en lo que respecta a la difusión y aplicación del derecho internacional humanitario;

RECONOCIENDO el importante papel que estos Comités o comisiones nacionales están desarrollando para asegurar la incorporación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales en la legislación interna de los Estados Miembros, así como de los demás instrumentos de derecho internacional humanitario, a los fines de velar por su adecuado cumplimiento y difusión;

EXPRESANDO su satisfacción por la creciente cooperación entre la Secretaría General de la Organización y el CICR, como resultado del Acuerdo firmado el 10 de mayo de 1996, que ha contribuido a las labores de difusión del derecho internacional humanitario en las Américas,

**RESUELVE:**

1. Expresar su beneplácito ante el incremento del número de Estados Miembros que, en el curso del último año, han ratificado o adherido a varios instrumentos de derecho internacional humanitario, destacando el caso de la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción de 1997.

2. Exhortar a los Estados Miembros, que aún no lo han hecho, a que consideren ratificar o en su caso adherirse a los Protocolos I y II de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Exhortar asimismo a los Estados Miembros, que aún no lo han hecho, a que consideren firmar y ratificar, según el caso, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

4. Exhortar igualmente a los Estados Miembros, que aún no lo han hecho, a que consideren ratificar o en su caso adherirse a los siguien-

tes instrumentos relativos a las armas de naturaleza tal que puedan ser excesivamente nocivas o tener efectos indiscriminados:

a. La Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados de 1980 y sus Protocolos;

b. La Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción de 1997; y

c. La Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado de 1954.

5. Destacar la importancia de que los Estados, al poner en práctica el conjunto de normas del derecho internacional humanitario, presten especial atención a las siguientes disposiciones:

a. La mayor difusión posible del derecho internacional humanitario entre las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad, mediante su incorporación en los programas oficiales de instrucción y en la formación de cuadros permanentes de las fuerzas armadas en la materia (Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, artículo 83);

b. La promulgación de la legislación penal necesaria para sancionar a los responsables de los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario (Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, artículo 86);

c. La promulgación de la legislación para reglamentar la utilización de los emblemas protegidos bajo el derecho internacional humanitario y sancionar los abusos (Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, artículo 38 y reglamento anexo); y,

d. La obligación, al momento de estudiar, desarrollar, adquirir o adoptar una nueva arma, de determinar si su empleo sería contrario al derecho internacional humanitario, y en tal caso no incorporarlas al uso de las fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad, ni fabricarlas para otros fines (Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, artículo 36).

6. Instar a los Estados Miembros que aún no lo han hecho a que, con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja, estudien la conveniencia de establecer comités o comisiones nacionales de aplicación y difusión del derecho internacional humanitario.

7. Instar a los Estados Miembros a y a todas las partes en conflicto a que respeten la imparcialidad, la independencia y la neutralidad de

la acción humanitaria conforme a los principios rectores aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/182 del 19 de diciembre de 1991 y aseguren la protección del personal de las organizaciones humanitarias.

8. Invitar a los Estados Miembros a que continúen cooperando con el Comité Internacional de la Cruz Roja en sus diversos ámbitos de responsabilidad y a que faciliten su labor, recurriendo en particular a sus servicios de asesoramiento para apoyar los esfuerzos de los Estados encaminados a la aplicación del derecho internacional humanitario.

9. Solicitar al Secretario General que presente un informe al Consejo Permanente sobre el cumplimiento de esta resolución antes de su trigésimo primer periodo ordinario de sesiones.

OEA/Ser.P  
AG/RES. 1709 (XXX-O/00)  
5 junio 2000  
Original: español

## RESOLUCION

### LOS NIÑOS Y LOS CONFLICTOS ARMADOS

(Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2000, y pendiente de edición por la Comisión de Estilo).

LA ASAMBLEA GENERAL,

RECORDANDO su resolución AG/RES. 1667 (XXIX-O/99) en la que encomendó al Instituto Interamericano del Niño que aborde en forma sistemática el problema de la participación de niños en conflictos armados;

ALARMADA por el reclutamiento, la participación y la utilización de niños en conflictos armados y notando que, en la actualidad, más de 300.000 niños menores de 18 años participan en conflictos armados en todo el mundo;

PROFUNDAMENTE PREOCUPADA por el hecho de que los niños son, con demasiada frecuencia, objetivo deliberado y víctimas colaterales de las hostilidades en el contexto de los conflictos armados y padecen traumas duraderos en el ámbito físico, emocional y psicológico;

RECONOCIENDO que en tales situaciones los niños se ven privados, entre otros, de una debida protección;

TOMANDO NOTA de las recomendaciones contenidas en la Declaración adoptada por la Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el Uso de Niños como Soldados que se celebró en Montevideo del 5 al 8 de julio de 1999;

ACOGIENDO CON BENEPLACITO los esfuerzos internacionales recientes para abordar el reclutamiento forzoso de niños, incluyendo la aprobación en 1998 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo

(OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados en 1999 y la adopción en 2000 del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados;

RECORDANDO las normas del derecho internacional humanitario que protegen a los niños en situaciones de conflictos armados;

HABIENDO CONSIDERADO el Informe Anual del Instituto Interamericano del Niño, y en particular las resoluciones de su Consejo Directivo sobre ese tema,

RESUELVE:

1. Instar a los Estados Miembros que consideren firmar y ratificar del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados.

2. Instar asimismo a los Estados Miembros, que aún no lo hayan hecho, a firmar y ratificar, a la mayor brevedad, el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil.

3. Formular un llamamiento con la urgencia que el caso amerita a todas las partes que participan en situación de conflicto armado a que respeten las normas del derecho internacional humanitario que protegen a los niños.

4. Apoyar los esfuerzos de los países concernidos tendientes a la desmovilización de los niños soldados, así como la rehabilitación y reintegración social de los niños afectados por los conflictos armados.

5. Solicitar al Instituto Interamericano del Niño que siga ocupándose activamente de este tema e identifique una instancia de responsabilidad con el fin de dar seguimiento a esta resolución.

NACIONES UNIDAS

INFORME DE LA COMISION PREPARATORIA  
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

PROYECTO DE TEXTO DEFINITIVO DE LOS ELEMENTOS  
DE LOS CRIMENES

PCNICC/2000/INF/3/Add. 2

Nueva York 13 al 31 de marzo de 2000  
12 al 30 de junio de 2000

## ELEMENTOS DE LOS CRIMENES

### Introducción general

1. De conformidad con el artículo 9, los siguientes Elementos de los Crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto. Serán aplicables a los Elementos de los Crímenes las disposiciones del Estatuto, incluido el artículo 21, y los principios generales enunciados en la Parte III.

2. Como señala el artículo 30, salvo disposición en contrario una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actuó con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. Cuando no se hace referencia en los Elementos de los Crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. A continuación se indican excepciones a la norma del artículo 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia.

3. La existencia de la intención y el conocimiento pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso.

4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos "inhumanos" o "graves", por ejemplo, no es necesario que el

autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa.

5. Los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o su inexistencia (1).

6. Los Elementos de los Crímenes no se refieren en general al requisito de "ilícitud" enunciado en el Estatuto o en otros instrumentos de derecho internacional, especialmente de derecho internacional humanitario.

7. La estructura de los Elementos de los Crímenes sigue en general los principios siguientes:

- Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;

- De ser necesario, después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente se indica un determinado elemento de intencionalidad;

- Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar.

8. El término "autor", tal y como se emplea en los Elementos de los Crímenes es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia. Los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables *mutatis mutandis* a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los artículos 25 y 28 del Estatuto.

9. Una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes.

10. La utilización de expresiones abreviadas para designar a los crímenes en los títulos no surtirá ningún efecto jurídico.

## **Artículo 6** **Genocidio**

### Introducción

Con respecto al último de los elementos de cada crimen:

- La expresión "en el contexto de" incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse;

---

(1) Este párrafo se entenderá sin perjuicio de la obligación que tiene el Fiscal con arreglo al párrafo 1 del artículo 54 del Estatuto.

- La expresión "manifiesta" es una calificación objetiva;

- Pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular.

**Artículo 6 a)  
Genocidio mediante matanza**

Elementos

1. Que el autor haya dado muertes (2) a una o más personas,
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

**Artículo 6 b)  
Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental**

Elementos

1. Que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas (3).
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

---

(2) La expresión "dado muerte" es intercambiable con la expresión "causado la muerte".

(3) Esta conducta puede incluir, entre otros, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes.

### **Artículo 6 c)**

#### **Genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física**

##### Elementos

1. Que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que las condiciones de existencia hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo (4).
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

### **Artículo 6 d)**

#### **Genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos**

##### Elementos

1. Que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que las medidas impuestas hayan tenido el propósito de impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

---

(4) La expresión "condiciones de existencia" podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

**Artículo 6 e)**  
**Genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños**

Elementos

1. Que el autor haya trasladado por la fuerza a una o más personas (5).
2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo.
5. Que los trasladados hayan sido menores de 18 años.
6. Que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados eran menores de 18 años.
7. Que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

**Artículo 7**  
**Crímenes de lesa humanidad**

Introducción

1. Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta impermisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo.

2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos ele-

---

(5) La expresión "por la fuerza" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.

mentos actualiza la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzado, la ausencia de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de promover un ataque de esa índole.

3. Por "ataque contra una población civil" en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos indicados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la "política ... de cometer esos actos" requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil (6).

#### **Artículo 7 1) a)**

#### **Crimen de lesa humanidad de asesinato**

##### Elementos

1. Que el autor haya dado muerte (7) a una o más personas.
2. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

---

(6) La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se llevaría a cabo mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría llevarse a cabo por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización,

(7) La expresión "dado muerte" es intercambiable con la expresión "causado la muerte". Esta nota será aplicable a todos los elementos en que se emplee uno de los dos conceptos.

**Artículo 7 1) b)**  
**Crimen de lesa humanidad de exterminio**

Elementos

1. Que el autor haya dado muerte (8), a una o más personas, incluso imponiéndoles condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población (9).
2. Que la conducta haya consistido en un asesinato en masa de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte (10) de ese asesinato.
3. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

**Artículo 7 1) c)**  
**Crimen de lesa humanidad de esclavitud**

Elementos

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad (11).
2. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

---

(8) La conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente.

(9) La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a alimentos y medicinas.

(10) La expresión "como parte de" comprendería la conducta inicial en un asesinato en masa.

(11) Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye la trata de personas, en particular de mujeres y niños.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

**Artículo 7 1) d)**

**Crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población**

Elementos

1. Que el autor haya deportado o trasladado (12) por la fuerza (13), sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar.

2. Que esa o esas personas hayan estado legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias que determinaban esa legitimidad.

4. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

**Artículo 7 1) e)**

**Crimen de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física**

Elementos

1. Que el autor haya encarcelado a una o más personas o las haya sometido a una privación grave de la libertad física.

---

(12) "Deportado o trasladado por la fuerza" es intercambiable con "desplazado por la fuerza".

(13) La expresión "por la fuerza" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción.

2. Que la gravedad de la conducta haya sido de tal entidad que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias que determinaban la gravedad de la conducta.

4. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) f)**

#### **Crimen de lesa humanidad de tortura (14)**

##### Elementos

1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.

2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control.

3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese parte inherente de ellas ni fuese incidental a ellas.

4. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) g)-1**

#### **Crimen de lesa humanidad de violación**

##### Elementos

1. Que el autor haya invadido (15) el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insigni-

---

(14) Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen.

(15) El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al sexo.

ficante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino (16).

3. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) g)-2**

#### **Crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual (17)**

##### Elementos

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad (18).

2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

---

(16) Se entiende que una persona es incapaz de dar su consentimiento genuino si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. La presente nota se aplica también a los elementos correspondientes del artículo 7 1) g)-3, 5 y 6.

(17) Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común.

(18) Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye la trata de personas, en particular de mujeres y niños.

3. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) g)-3**

#### **Crimen de lesa humanidad de prostitución forzada**

##### Elementos

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su consentimiento genuino.

2. Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

3. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) g)-4**

#### **Crimen de lesa humanidad de embarazo forzado**

##### Elementos

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de la población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una po-

blación civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) g)-5**

#### **Crimen de lesa humanidad de esterilización forzada**

##### Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica (19).
2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su consentimiento genuino (20).
3. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) g)-6**

#### **Crimen de lesa humanidad de violencia sexual**

##### Elementos

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su consentimiento genuino.
2. Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes indicados en el artículo 7 1) g) del Estatuto.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.

---

(19) Esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

(20) Se entiende que "consentimiento genuino" no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño.

4. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) h)**

#### **Crimen de lesa humanidad de persecución**

##### Elementos

1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del derecho internacional (21).

2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de su pertenencia a un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.

3. Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

4. Que la conducta haya tenido lugar en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte (22).

5. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

---

(21) Este requisito se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de la introducción general a los elementos de los crímenes.

(22) Se entiende que no es necesario ningún otro elemento mental de intencionalidad además del que entraña el elemento 6.

**Artículo 7 1) i)**

**Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas (23) (24)**

Elementos

1. Que el autor:

a) Haya aprehendido, detenido (25) (26) o secuestrado a una o más personas; o

b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.

2. a) Que la aprehensión, la detención o el secuestro haya estado seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o

b) Que la negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.

3. Que el autor haya sido consciente de que (27):

a) La aprehensión, la detención o el secuestro iría seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas (28); o

---

(23) Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común.

(24) El crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.

(25) Por "detenido" se entiende también el hecho de que el autor haya mantenido detenido a quien ya lo estaba.

(26) Se entiende que, en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención puede haber sido lícita.

(27) Este elemento, incluido a causa de la complejidad de este delito, se entiende sin perjuicio de la introducción general a los elementos de los crímenes.

(28) Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar.

b) La negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.

4. Que la aprehensión, la detención o el secuestro haya tenido lugar en nombre de un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

5. Que la negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya tenido lugar en nombre de un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.

6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

7. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

8. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) j)**

#### **Crimen de lesa humanidad de *apartheid***

##### Elementos

1. Que el autor haya cometido un acto inhumano contra una o más personas.

2. Que ese acto fuera uno de los mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o fuera de carácter semejante a alguno de esos actos (29).

3. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales.

5. Que la conducta del autor haya obedecido a la intención de mantener ese régimen.

6. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

---

(29) Por "carácter" se entiende la naturaleza y la gravedad del acto.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 7 1) k)**

#### **Crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos**

##### Elementos

1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. Que ese acto haya tenido un carácter semejante a otro de los actos indicados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto (30).

3. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

4. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

#### **Artículo 8**

#### **Crímenes de guerra**

##### Introducción

Los elementos de los crímenes de guerra a que se hace referencia en los apartados c) y e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto están sujetos a las limitaciones indicadas en los apartados d) y f) de ese párrafo, que no constituyen elementos de crímenes.

Los elementos de los crímenes de guerra a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto serán interpretados en el marco establecido del derecho internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar.

Con respecto a los dos últimos elementos enumerados para cada crimen:

- No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional;

---

(30) Por "carácter" se entiende la naturaleza y la gravedad del acto.

- En ese contexto, no se exige que el autor tenga conocimiento de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional;

- Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que haya determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de ... y que haya estado relacionada con él".

### **Artículo 8 2) a)**

#### **Artículo 8 2) a) i) Crimen de guerra de homicidio intencional**

##### Elementos

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas (31).
2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección (32) (33).
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él (34).
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

(31) La expresión "haya dado muerte" es intercambiable con "haya causado la muerte". Esta nota es aplicable a todos los elementos en que se utilice uno de esos conceptos.

(32) Este elemento de intencionalidad reconoce la relación entre los artículos 30 y 32. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 8 2) a) y a los elementos de otros crímenes comprendidos en el artículo 8 2), relativo al conocimiento de circunstancias de hecho que establezcan la condición de personas o bienes protegidos en virtud de las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados.

(33) Con respecto a la nacionalidad queda entendido que el autor únicamente tiene que saber que la víctima pertenecía a la otra parte en el conflicto. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 8 2) a).

(34) El término "conflicto armado internacional" incluye la ocupación militar. Esta nota también es aplicable al elemento correspondiente de cada uno de los crímenes comprendidos en el artículo 8 2) a).

**Artículo 8 2) a) ii)-1**  
**Crimen de guerra de tortura**

Elementos (35)

1. Que el autor haya infligido grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que el autor haya infligido los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.
3. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
4. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) ii)-2**  
**Crimen de guerra de tratos inhumanos**

Elementos

1. Que el autor haya infligido grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

---

(35) Habida cuenta de que, según el elemento 3, todas las víctimas deben "haber estado protegidas" en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949, estos elementos no incluyen el requisito de custodia o control que se encuentra en los elementos del artículo 7 1) e).

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) ii)-3**

**Crimen de guerra de someter a experimentos biológicos**

Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un determinado experimento biológico.

2. Que el experimento haya puesto en grave peligro la salud o la integridad física o mental de la persona o personas.

3. Que el experimento no se haya realizado con fines terapéuticos, no estuviera justificado por razones médicas ni se haya llevado a cabo en interés de la persona o personas.

4. Que esa persona o personas, hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

5. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) iii)**

**Crimen de guerra de infligir deliberadamente grandes sufrimientos**

Elementos

1. Que el autor haya infligido grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales o haya atentado gravemente contra la integridad física o la salud de una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) iv)**

**Crimen de guerra de destrucción y apropiación de bienes**

Elementos

1. Que el autor haya destruido bienes o se haya apropiado de ellos.

2. Que la destrucción o la apropiación no haya estado justificada por necesidades militares.

3. Que la destrucción o la apropiación se haya cometido a gran escala y arbitrariamente.

4. Que los bienes hayan estado protegidos en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

5. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) v)**

**Crimen de guerra de obligar a prestar servicio en fuerzas enemigas**

Elementos

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas dirigidas contra el país o las fuerzas armadas de esa persona o personas, o a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) vi)**

**Crimen de guerra de denegación de un juicio justo**

Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de un juicio justo e imparcial al denegarles las garantías judiciales que se definen, en particular, en los Convenios de Ginebra tercero y cuarto de 1949.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) vii)-1**

**Crimen de guerra de deportación o traslado ilegales**

Elementos

1. Que el autor haya deportado o trasladado a una o más personas a otro Estado o a otro lugar.

2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.

3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) vii)-2**  
**Crimen de guerra de confinamiento ilegal**

Elementos

1. Que el autor haya confinado o mantenido confinadas en determinado lugar a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) a) viii)**  
**Crimen de guerra de toma de rehenes**

Elementos

1. Que el autor haya capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas.
2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o mantener detenida a esa persona o personas.
3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.
4. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
5. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

## **Artículo 8 2) b)**

### **Artículo 8 2) b) i)**

#### **Crimen de guerra de ataques contra la población civil**

##### Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.
2. Que el ataque haya sido dirigido contra una población civil en cuanto tal o contra civiles que no participaban directamente en las hostilidades.
3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participaban directamente en las hostilidades.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

### **Artículo 8 2) b) ii)**

#### **Crimen de guerra de ataques contra objetos civiles**

##### Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.
2. Que el ataque haya sido objetos civiles, es decir, objetos que no fuesen objetivos militares.
3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales objetos civiles.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

### **Artículo 8 2) b) iii)**

#### **Crimen de guerra de ataques contra personal u objetos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria**

##### Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el objeto del ataque haya sido personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tal personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en la misión.

4. Que el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos mencionados hayan tenido derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) iv)**

#### **Crimen de guerra de causar muertes, lesiones o daños incidentales excesivos**

##### Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el ataque haya sido tal que pudiera causar pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea (36).

3. Que el autor haya sabido que, incidentalmente, el ataque causaría pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter

---

(36) La expresión "ventaja militar concreta y directa de conjunto" se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *jus ad bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado.

civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea (37).

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) v)**

#### **Crimen de guerra de atacar lugares no defendidos (38)**

##### Elementos

1. Que el autor haya atacado una o más ciudades, aldeas, pueblos o edificios.

2. Que las ciudades, las aldeas, los pueblos o los edificios no hayan opuesto resistencia a la ocupación.

3. Que las ciudades, las aldeas, los pueblos o los edificios no hayan constituido objetivos militares.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) vi)**

#### **Crimen de guerra de causar la muerte o lesiones a una persona que esté fuera de combate**

##### Elementos

1. Que el autor haya causado la muerte o lesiones a una o más personas.

---

(37) A diferencia de la regla general que se enuncia en el párrafo 4 de la introducción general, este elemento de conocimiento exige que el autor haga el juicio de valor indicado en ella. La evaluación del juicio de valor debe fundarse en la información necesaria que hubiese tenido el autor en el momento del acto.

(38) La presencia en una localidad de personas especialmente protegidas con arreglo a los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía destinadas al único objeto de mantener el orden público, por sí sola, no convierte a esa localidad en un objetivo militar.

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) vii)-1**

**Crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera blanca**

Elementos

1. Que el autor haya utilizado una bandera blanca.
2. Que el autor lo haya hecho para fingir la intención de negociar en circunstancias en que no la tenía.
3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que estaba prohibido utilizar la bandera blanca de esa forma (39).
4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.
5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.
6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) vii)-2**

**Crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera, insignia o uniforme del enemigo**

Elementos

1. Que el autor haya utilizado una bandera, insignia o uniforme del enemigo.

---

(39) Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. Las palabras "estaba prohibido" denotan ilegalidad.

2. Que el autor lo haya hecho en forma prohibida por el derecho internacional de los conflictos armados mientras llevaba a cabo un ataque.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que estaba prohibido utilizar la bandera, insignia o uniforme de esa forma (40).

4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.

5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) vii)-3**

#### **Crimen de guerra de utilizar de modo indebido una bandera, una insignia o un uniforme de las Naciones Unidas**

##### Elementos

1. Que el autor haya utilizado una bandera, una insignia o un uniforme de las Naciones Unidas.

2. Que el autor lo haya hecho en forma prohibida por el derecho internacional de los conflictos armados.

3. Que el autor haya sabido que estaba prohibido utilizar la bandera, la insignia o el uniforme de esa forma (41).

4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.

5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.

---

(40) Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. Las palabras "estaba prohibido" denotan ilegalidad.

(41) Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. El criterio de que el autor "debiera haber sabido", aplicable a los demás crímenes tipificado en el artículo 8 2) b) vii), no lo es aquí porque las prohibiciones correspondientes son de índole reglamentaria y variable.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) vii)-4**

**Crimen de guerra de utilizar de modo indebido los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra**

Elementos

1. Que el autor haya utilizado los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra.

2. Que el autor haya hecho tal utilización para fines de combate (42) en forma prohibida por el derecho internacional de los conflictos armados.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que estaba prohibido utilizar los emblemas de esa forma (43).

4. Que la conducta haya causado la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.

5. Que el autor haya sabido que esa conducta podría causar la muerte o lesiones graves a otra u otras personas.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) viii)**

El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

---

(42) Por "fines de combate" en estas circunstancias se entiende un propósito directamente relacionado con las hostilidades, y no se incluyen las actividades médicas, religiosas o similares.

(43) Este elemento de intencionalidad reconoce la interacción entre el artículo 30 y el artículo 32. Las palabras "estaba prohibido" denotan ilegalidad.

## Elementos

1. Que el autor haya:
  - a) Trasladado (44), directa o indirectamente, parte de su propia población al territorio que ocupa; o
  - b) Deportado o trasladado la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.
2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

### **Artículo 8 2) b) ix)**

#### **Crimen de guerra de atacar objetos protegidos (45)**

## Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.
2. Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados al culto religioso, la instrucción, las artes o la beneficencia, los monumentos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.
3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra esos edificios dedicados al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

(44) El término "trasladar" debe interpretarse con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario.

(45) La presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía con el único fin de mantener el orden público no la convierte en un objetivo militar.

**Artículo 8 2) b) x)-1**  
**Crimen de guerra de mutilación**

Elementos

1. Que el autor haya mutilado a una o más personas, en particular desfigurándolas o incapacitándolas permanentemente o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro.
2. Que la conducta haya causado la muerte a esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud física o mental.
3. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés (46).
4. Que esa persona o personas estén en poder de una parte enemiga.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) x)-2**  
**Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos**

Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un experimento médico o científico.
2. Que el experimento haya causado la muerte de esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud o integridad física o mental.

---

(46) El consentimiento no es una eximente de este crimen. El crimen prohíbe todo procedimiento médico que no sea indicado por el estado de salud y que no corresponda a las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas similares a los nacionales de la parte que realiza el procedimiento y que no estén en modo alguno privadas de su libertad. Esta nota también se aplica al mismo elemento del artículo 8 2) b) x)-2.

3. Que la conducta no estuviera justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.

4. Que esa persona o personas se encontraran en poder de una parte enemiga.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) xi)**

#### **Crimen de guerra de matar o herir a traición**

##### Elementos

1. Que el autor se haya ganado la confianza de una o más personas y les haya hecho creer que tenían derecho a protección en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, o que estaba obligado a protegerlos.

2. Que el autor haya tenido la intención de traicionar esa confianza.

3. Que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas.

4. Que el autor al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado.

5. Que esa persona o personas hayan pertenecido a una parte enemiga.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) xii)**

#### **Crimen de guerra de no dar cuartel**

##### Elementos

1. Que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no quedasen sobrevivientes.

2. Que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera de que no quedasen sobrevivientes.

3. Que el autor estuviere en situación de mando o control efectivo respecto de los subordinados a los que haya dirigido la orden o la declaración.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) xiii)**

#### **Crimen de guerra de destruir o confiscar bienes del enemigo**

##### Elementos

1. Que el autor haya destruido o confiscado un bien.

2. Que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga.

3. Que ese bien haya estado protegido de la destrucción o confiscación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias que establecían la condición del bien.

5. Que la destrucción o confiscación no haya estado justificada por razones militares.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) b) xiv)**

#### **Crimen de guerra de denegar derechos o acciones a los nacionales de la parte enemiga**

##### Elementos

1. Que el autor haya abolido, suspendido o declarado inadmisibles ante un tribunal ciertos derechos o acciones.

2. Que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad hayan estado dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga.

3. Que el autor haya tenido la intención de que la abolición, suspensión o declaración de inadmisibilidad estuvieran dirigidas contra los nacionales de una parte enemiga.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xv)**

**Crimen de guerra de obligar a participar en operaciones bélicas**

Elementos

1. Que el autor haya obligado a una o más personas, mediante hechos o amenazas, a participar en operaciones bélicas contra su propio país o sus propias fuerzas.

2. Que esa persona o personas hayan sido nacionales de una parte enemiga.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xvi)**

**Crimen de guerra de saquear**

Elementos

1. Que el autor se haya apropiado de un bien.

2. Que el autor haya tenido la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado o personal (47).

3. Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

---

(47) Como indica la acepción de la expresión "uso privado o personal", la apropiación necesaria por razones militares no constituye crimen de saqueo.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xvii)**

**Crimen de guerra de emplear veneno o armas envenenadas**

Elementos

1. Que el autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso.

2. Que la sustancia sea tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xviii)**

**Crimen de guerra de emplear gases, líquidos, materiales o dispositivos prohibidos**

Elementos

1. Que el autor haya empleado un gas u otra sustancia o dispositivo análogo.

2. Que el gas, la sustancia o el dispositivo haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades asfixiantes o tóxicas (48).

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

(48) Nada de lo dispuesto en este elemento se interpretará como limitación o en perjuicio de las normas del derecho internacional vigentes o en desarrollo acerca de la elaboración, la producción, el almacenamiento y la utilización de armas químicas.

## **Car balas prohibidas**

do ciertas balas.

o tales que su uso infrinja el derecho  
armados porque se abren o aplastan

onocimiento de que la naturaleza de las  
inútilmente el sufrimiento o la herida.  
do lugar en el contexto de un conflicto  
ado relacionada con él.

onocimiento de que había circunstan-  
existencia de un conflicto armado.

**Armas, proyectiles, materiales**  
**armados en el anexo del Estatuto**

en un anexo

**Artículo 8 2) b) xix)**

**Crimen de guerra de emplear balas prohibidas**

Elementos

1. Que el autor haya empleado ciertas balas.
2. Que las balas hayan sido tales que su uso infrinja el derecho internacional de los conflictos armados porque se abren o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o la herida.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xx)**

**Crimen de guerra de emplear armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra enumerados en el anexo del Estatuto**

Elementos

*[Los elementos se redactarán cuando se hayan indicado en un anexo del Estatuto las armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra.]*

**Artículo 8 2) b) xxi)**

**Crimen de guerra de ultrajes contra la dignidad de la persona**

Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad (49).
2. Que el trato humillante o degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad de la persona.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

(49) A los efectos de este crimen, el término "personas" puede referirse a personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene por qué ser consciente de la existencia de un trato humillante o degradante o de un atentado contra su dignidad. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

**Artículo 8 2) b) xix)**

**Crimen de guerra de emplear balas prohibidas**

Elementos

1. Que el autor haya empleado ciertas balas.
2. Que las balas hayan sido tales que su uso infrinja el derecho internacional de los conflictos armados porque se abren o aplastan fácilmente en el cuerpo humano.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la naturaleza de las balas era tal que su uso agravaría inútilmente el sufrimiento o la herida.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xx)**

**Crimen de guerra de emplear armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra enumerados en el anexo del Estatuto**

Elementos

*[Los elementos se redactarán cuando se hayan indicado en un anexo del Estatuto las armas, proyectiles, materiales o métodos de guerra.]*

**Artículo 8 2) b) xxi)**

**Crimen de guerra de ultrajes contra la dignidad de la persona**

Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad (49).
2. Que el trato humillante o degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad de la persona.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

(49) A los efectos de este crimen, el término "personas" puede referirse a personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene por qué ser consciente de la existencia de un trato humillante o degradante o de un atentado contra su dignidad. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

**Artículo 8 2) b) xxi)-1**  
**Crimen de guerra de violación**

Elementos

1. Que el autor haya invadido (50) el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su genuino consentimiento (51).

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xxi)-2**  
**Crimen de guerra de esclavitud sexual (52)**

Elementos

1. Que el autor haya ejercido todos los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad, o cualquiera de dichos atributos (53).

---

(50) El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al sexo.

(51) Se entiende que una persona es incapaz de dar genuino consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8 2) b) xxi)-3, 5 y 6.

(52) Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrán ser dos o más personas con un propósito delictivo común.

(53) Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye la trata de personas, en particular de mujeres y niños.

2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xdl)-3**  
**Crimen de guerra de prostitución forzada**

Elementos

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su genuino consentimiento.

2. Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xdl)-4**  
**Crimen de guerra de embarazo forzado**

Elementos

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xxi)-5**  
**Crimen de guerra de esterilización forzada**

Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica (54).
2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su genuino consentimiento (55).
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xxi)-6**  
**Crimen de guerra de violencia sexual**

Elementos

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su genuino consentimiento.
2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

---

(54) Este acto no incluye las medidas de control de la natalidad cuyos efectos prácticos no sean permanentes.

(55) Se entiende que la expresión "genuino consentimiento" no comprende al consentimiento obtenido mediante engaño.

**Artículo 8 2) b) xxiii)**

**Crimen de guerra de aprovechar a personas protegidas como escudos**

Elementos

1. Que el autor haya trasladado a uno o más civiles o a otras personas protegidas en virtud del derecho internacional de los conflictos armados o haya aprovechado su presencia de alguna otra manera.
2. Que el autor haya tenido la intención de proteger un objetivo militar contra un ataque o proteger, favorecer o entorpecer operaciones militares.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xxiv)**

**Crimen de guerra de atacar objetos o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra**

Elementos

1. Que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o vehículos sanitarios u otros objetos que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otros métodos de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra.
2. Que el autor haya tenido la intención de atacar a esas personas, edificios, unidades o vehículos u otros objetos que utilizaban esa identificación.
3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xxv)**

**Crimen de guerra de causar la muerte por inanición como método de guerra**

Elementos

1. Que el autor haya privado a civiles de objetos indispensables para su supervivencia.

2. Que el autor haya tenido la intención de causar la muerte por inanición de civiles como método de guerra.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) b) xxvi)**

**Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas**

Elementos

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.

2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) c)**

**Artículo 8 2) c) 1)-1**

**Crimen de guerra de homicidio**

Elementos

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles, personal médico o personal religioso (56) que no tomaban parte activa en las hostilidades.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

---

(56) En la expresión "personal religioso" se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) c) 1)-2**

#### **Crimen de guerra de mutilación**

##### Elementos

1. Que el autor haya mutilado a una o más personas, en particular desfigurándolas o incapacitándolas permanentemente o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro.

2. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.

3. Que la persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles, personal médico o personal religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) c) 1)-3**

#### **Crimen de guerra de tratos crueles**

##### Elementos

1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles, personal médico o personal religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) c) i)-4**

**Crimen de guerra de tortura**

Elementos

1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.

2. Que el autor haya infligido el dolor o sufrimiento a los fines de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.

3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles, personal médico o personal religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

4. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) c) ii)**

**Crimen de guerra de ultrajes contra la dignidad de la persona**

Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad (57).

2. Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad de la persona.

3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles, personal médico o personal religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

---

(57) A los efectos de este crimen, el término "personas" puede referirse a personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene por qué ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

4. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) c) iii)**

**Crimen de guerra de toma de rehenes**

Elementos

1. Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.

2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.

3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.

4. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles, personal médico o personal religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

5. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) c) iv)**

**Crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales**

Elementos

1. Que el autor haya condenado o ejecutado a una o más personas (58).

---

(58) Los elementos establecidos en estos documentos no se refieren a las diferentes formas de responsabilidad penal individual según los artículos 25 y 28 del Estatuto.

2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido civiles, personal médico o personal religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

4. Que no haya habido fallo previo dictado por un tribunal o el tribunal que lo haya dictado no estuviera "constituido regularmente", es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional (59).

5. Que el autor haya sabido que no había fallo previo o no se habían ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e)**

##### **Artículo 8 2) e) i)**

#### **Crimen de guerra de ataques contra la población civil**

##### Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el objeto del ataque haya estado constituido por una población civil en cuanto tal o por civiles que no participaban directamente en las hostilidades.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto a tal o contra civiles que no participaban directamente en las hostilidades.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

---

(59) Con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) ii)**

**Crimen de guerra de atacar objetos o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra**

Elementos

1. Que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o vehículos sanitarios u otros objetos que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra.

2. Que el autor haya tenido la intención de atacar esas personas, edificios, unidades o vehículos u otros objetos que utilizaban esa identificación.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) iii)**

**Crimen de guerra de atacar personal u objetos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria**

Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el objeto del ataque haya sido personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos participantes en la misión.

4. Que el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos hayan tenido derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) iv)**

**Crimen de guerra de atacar objetos protegidos (60)**

Elementos

1. Que el autor haya lanzado un ataque.

2. Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados al culto religioso, la instrucción, las artes o la beneficencia, los monumentos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.

3. Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra esos edificios dedicados al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) v)**

**Crimen de guerra de saquear**

Elementos

1. Que el autor se haya apropiado de un bien.

2. Que el autor haya tenido la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado o personal (61).

3. Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario.

---

(60) La presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía con el único fin de mantener el orden público no la convierte en un objetivo militar.

(61) Como indica la acepción de la expresión "uso privado o personal", la apropiación necesaria por razones militares no constituye crimen de saqueo.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) vi)-1**  
**Crimen de guerra de violación**

Elementos

1. Que el autor haya invadido (62) el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su genuino consentimiento (63).

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) vi)-2**  
**Crimen de guerra de esclavitud sexual (64)**

Elementos

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas,

---

(62) El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al sexo.

(63) Se entiende que una persona es incapaz de dar genuino consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8 2) e) vi)-3, 5 y 6.

(64) Habida cuenta de la complejidad de la naturaleza de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un común propósito criminal.

prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad (65).

2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) vi)-3**

#### **Crimen de guerra de prostitución forzada**

##### Elementos

1. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza del uso de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su genuino consentimiento.

2. Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) vi)-4**

#### **Crimen de guerra de embarazo forzado**

##### Elementos

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la

---

(65) Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye la trata de personas, en particular de mujeres y niños.

composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) vi)-5**

#### **Crimen de guerra de esterilización forzada**

Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica (66).

2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su genuino consentimiento (67).

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) vi)-6**

#### **Crimen de guerra de violencia sexual**

Elementos

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su genuino consentimiento.

---

(66) Este acto no incluye las medidas de control de la natalidad cuyos efectos prácticos no sean permanentes.

(67) Se entiende que la expresión "genuino consentimiento" no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño.

2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

3. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) vii)**

#### **Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños**

##### Elementos

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.

2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) viii)**

#### **Crimen de guerra de desplazar a civiles**

##### Elementos

1. Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.

2. Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de los civiles de que se trataba o por razones militares.

3. Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no haya sido de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) ix)**

**Crimen de guerra de matar o herir a traición**

Elementos

1. Que el autor se haya ganado la confianza de una o más personas y les haya hecho creer que tenían derecho a protección en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados, o que estaba obligado a protegerlos.

2. Que el autor haya tenido la intención de traicionar esa confianza.

3. Que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas.

4. Que el autor, al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado.

5. Que esa persona o personas hayan pertenecido a una parte enemiga.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) x)**

**Crimen de guerra de no dar cuartel**

Elementos

1. Que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no quedasen sobrevivientes.

2. Que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para proceder a las hostilidades de manera de que no quedasen sobrevivientes.

3. Que el autor haya estado en situación de mando o control efectivos respecto de los subordinados a los que haya dirigido la orden o la declaración.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional o haya estado relacionado con él.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) xi)-1**

#### **Crimen de guerra de mutilación**

##### Elementos

1. Que el autor haya mutilado a una o más personas, en particular desfigurando o incapacitándolas permanentemente o les haya extirpado un órgano o amputado un miembro.

2. Que la conducta haya causado la muerte a esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud física o mental.

3. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés (68).

4. Que esa persona o personas hayan estado en poder de una parte enemiga.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionado con él.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

#### **Artículo 8 2) e) xi)-2**

#### **Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos**

##### Elementos

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a un experimento médico o científico.

---

(68) El consentimiento no es una eximente de este crimen. El crimen prohíbe todo procedimiento médico que no sea indicado por el estado de salud de la persona en cuestión y que no corresponda a las normas médicas generalmente aceptadas que se aplicarían en circunstancias médicas similares a los nacionales de la parte que realiza el procedimiento y que no estén en modo alguno privadas de su libertad. Esta nota también se aplica al mismo elemento del artículo 8 2) e) xi)-2.

2. Que el experimento haya causado la muerte de esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud o integridad física o mental.

3. Que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés.

4. Que esa persona o personas hayan estado en poder de una parte enemiga.

5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

6. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

**Artículo 8 2) e) xii)**

**Crimen de guerra de destruir o confiscar bienes del enemigo**

Elementos

1. Que el autor haya destruido o confiscado un bien.

2. Que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga.

3. Que ese bien haya estado protegido de la destrucción o confiscación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados.

4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias que establecían la condición del bien.

5. Que la destrucción o confiscación no haya sido necesaria por razones militares.

6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

7. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

## **BIBLIOGRAFIA**

## “DERECHO INTERNACIONAL”.

por Antonio Remiro Brotóns y Rosa Riquelme Cortado,  
Javier Díez-Hochleitner, Esperanza Orihuela Calatayud y  
Luís Pérez-Prat Durbán. McGraw-Hill.  
Ciencias Jurídicas. Madrid. 1997. 1269 págs.

Tratándose de Remiro Brotóns, no nos hubiera sorprendido encontrar un título inusual en esta obra. Pero que no lo sea el título no implica que no lo sean los contenidos. Ajustándose a un moderno aunque ya difundido esquema de desarrollo, ha utilizado su reconocida sapiencia y gusto por lo rotundo, para escribir —junto con sus no menos capaces colaboradores— un libro de texto singular, donde luce su personal estilo. La Parte Primera está dedicada a los sujetos, la formación y la aplicación del Derecho Internacional. La Segunda explica las funciones del Derecho Internacional en cuanto al reparto de competencias de los Estados sobre personas y territorios, las relaciones interestatales, el mantenimiento de la paz, la protección de los pueblos y las personas y la cooperación internacional.

Es singular para nuestro medio, porque, según el autor declara en el prólogo, “atender a los intereses y peculiaridades de América latina fue... una directriz expresa en la elaboración de los diferentes capítulos”. El designio encuentra su cumplimiento, entre otros modos, en las referencias al Derecho Internacional Americano, en un adecuado desarrollo de las cuestiones antárticas (poco frecuente en los autores de la Unión Europea), y en la descripción del sistema interamericano de protección de los derechos del hombre y del sistema de solución de controversias en la OEA. Las obligadas referencias al régimen jurídico español no son más de las que razonablemente pueden esperarse, y en general están identificadas bajo subtítulos específicos.

Llama la atención también su permanente cuestionamiento, con fundamento en derecho, de lo que buena parte de la sociedad, sobre todo europea y norteamericana, puede considerar “políticamente correcto”. Para muestra basta un botón: “Las falsas imágenes de una realidad deformada por la superioridad del Primer Mundo pueden ser atractivas para quienes le pertenecen; pero explotar un avión civil segando centenares de vidas humanas es igualmente criminal en Lockerbie, en la península de Kamchatka o en el golfo Pérsico; también lo es lanzar bombas de mortero, de piezas de artillería o de B-52, sea en el mercado de Sarajevo, en Grozni, como en el sur del Líbano, en Trípoli, Bengasi o Panamá, ciudades abiertas”.

No es frecuente encontrar en libros de texto referencias constantes a ideas que bien pueden considerarse tesis de los autores; esta obra sí lo hace, logrando una fuerte coherencia y unicidad. Así, la necesidad de fortalecer la institucionalización del derecho internacional para obtener reglas, procedimientos y soluciones acordes a la justicia; lo indispensable de que los Estados se ajusten al principio democrático en sus relaciones entre ellos y con los otros sujetos internacionales; la protección y desarrollo de la persona humana singular como objetivo que no debe perderse de vista en el farrago de la burocracia internacional; la humanidad como límite a la soberanía funcional y territorial de los Estados.

Tampoco es habitual encontrar, como aquí, abundantes alusiones a la realidad económica y política internacional y a sus consecuencias directas en los instrumentos y construcciones jurídicas; de esta manera, Remiro y sus colaboradores aportan elementos que ayudan a un abordaje crítico del derecho positivo internacional de nuestros días. Por si fuera poco, no deja de referirse a algunas cuestiones que esperan soluciones creativas: la deuda internacional, la injerencia humanitaria, la protección unificada y universal del medio ambiente.

Finalmente es un libro singular por el gracejo elegante con que están sazonados muchos párrafos —algunos de ellos francamente ocurentes— que amenizan el estudio, pero también ayudan a reflexionar... o provocan la réplica inmediata.

La falta de notas y remisiones hace ágil la lectura, pero al final del libro una abundantísima información bibliográfica direccionada a cada capítulo y tema —que incluye direcciones de internet— y un índice de jurisprudencia internacional, orientarán al investigador y facilitarán la tarea del docente que quiera incitar a sus alumnos a la profundización de determinadas cuestiones.

Son muy de agradecer los ejemplos de máxima actualidad a los que hacen referencia los autores. Y así —aunque todo libro muy actual queda prontamente desactualizado por el transcurrir de un tiempo ahora aparentemente más veloz— no se dejan de agradecer las explicaciones sobre la constitución de la Organización Mundial del Comercio (1995), los acuerdos sobre poblaciones transzonales y altamente migratorias y las relativas a la aplicación de la Parte XI de la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar (1994 y 1995), las operaciones de mantenimiento de la paz hasta 1997, los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y para Rwanda (1993 y 1994), etc.

Pensamos que se trata de una obra completa, útil, motivadora y consistente. Quizá lo que pretenden transmitir Remiro Brotóns y sus colaboradores se encuentre escondido en el siguiente párrafo: “En una

sociedad que cambia y se transforma, sería ilusorio concebir el DI como un orden pacífico y compacto. Siempre habrá quienes quieran romper —y lo quieran radicalmente— el *status quo*, dada la frustración de sus intereses y aspiraciones. No se impugna la idea del Derecho ni la condición de parte en la sociedad internacional que, por el contrario, se reclama; se lucha alrededor y por la *sustancia* de las normas. No podemos analizar la realidad jurídica sólo desde las normas heredadas, sin entrar en el incierto e inestable proceso de su transformación, ni debemos aislar las violaciones del DI del contexto histórico en que se producen.... debe recordarse que los avances normativos pueden ser incluso negativos cuando no van acompañados de avances institucionales, que permitan la aplicación imparcial y, en lo posible, objetiva de las normas”.

J. Alejandro Consigli

"LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE  
INTEGRACION EN AMERICA. EL MERCOSUR",

por Ernesto Rey Caro  
Estudios de Derecho Internacional,  
Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba,  
Junio de 1998, 119 Páginas

En esta ocasión, el Dr. Rey Caro nos brinda la posibilidad de introducirnos en la temática de la solución de controversias, uno de los aspectos sustanciales para cualquier proceso de integración. Se trata de una obra de síntesis cuyo valor reside en reunir en forma integral la experiencia recogida sobre la materia en el continente americano.

La obra reseñada es un estudio dirigido a los estudiantes universitarios de grado y de postgrado, razón por la cual no pretende agotar la problemática sino ofrecer un panorama general de la misma. No obstante, quien desea profundizar la materia, encuentra numerosas remisiones a valiosa bibliografía cuidadosamente seleccionada por el especialista a tal efecto.

El propósito que guía estas reflexiones es examinar la realidad y las perspectivas de los mecanismos de solución de controversias en los procesos de integración en América, concentrándose en los mecanismos instituidos en el MERCOSUR.

El investigador comienza sus reflexiones aseverando que "los mecanismos de solución de controversias pergeñados en el ámbito de los procesos de integración en América, en su mayoría, no presentan mayores innovaciones con relación a los desarrollados ya en el Derecho Internacional. En general, los Estados han tratado de acomodarse a las características de cada uno de tales procesos, en orden a asegurar la correcta aplicación de los compromisos asumidos y el cumplimiento de los objetivos perseguidos".

En primer lugar, describe los procedimientos previstos en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y en la Asociación Latinoamericana de Integración. Luego pasa a analizar con profundidad los mecanismos establecidos en el Tribunal del Pacto Andino y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por ser modelos más avanzados y, consecuentemente, valiosos antecedentes para nuestra región. Posteriormente, examina la experiencia centroamericana por haber funcionado allí un tribunal permanente de justicia internacional, en

las primeras dos décadas del Siglo XX. El autor también se ocupa del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, deteniéndose en las características más sobresalientes del Capítulo XX, el cual regula el sistema de solución de controversias con excepción de las cuestiones vinculadas al antidumping y a las cuotas compensatorias.

Nos introduce en los mecanismos adoptados en MERCOSUR siguiendo el orden en que los mismos han sido concebidos, lo que ayuda a comprender su evolución. De esta manera, comienza con el *Anexo III del Tratado de Asunción de 1991*, señala Rey Caro que este Anexo "consagró mecanismos simples y de aplicación gradual que no excedieron el marco de los procedimientos diplomáticos clásicos". Entiende que eran mecanismos demasiado débiles y que sembraron dudas en cuanto a su oportunidad. Continúa con el *Protocolo de Brasilia de 1991*, haciendo algunas observaciones en lo que respecta al derecho que debe aplicar el tribunal arbitral al resolver la controversia. Se detiene en el *Capítulo V del Protocolo*, el cual institucionalizó procedimientos aplicables a las reclamaciones de los particulares. A renglón seguido considera el *Protocolo de Ouro Preto de 1994*, el cual complementa los mecanismos del Protocolo de Brasilia, y su anexo regula el procedimiento que debe seguirse ante la *Comisión de Comercio* del MERCOSUR.

En la obra reseñada encontramos también referencia a los procedimientos instituidos en los *Acuerdos de Complementación Económica* celebrados en el ámbito del MERCOSUR con Chile y Bolivia, los cuales poseen similitud con los procedimientos incorporados en los *Protocolos de Brasilia y Ouro Preto*. Sostiene el investigador que los procedimientos instituidos en ambos casos son análogos y de carácter transitorio.

Finaliza la obra señalando que el modelo del *Grupo Andino* y su inspirador, el *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, son antecedentes muy valiosos y de los que no se podrá prescindir en el momento de impulsar el fortalecimiento de los débiles mecanismos vigentes en el ámbito del MERCOSUR y que, pese a que la "era" de los procesos de integración continentales está próxima a cumplir cuatro décadas, la cuestión de la solución de controversias (...) sigue todavía signada por muchas falencias, no pocas dudas, y por algunas reticencias estatales a las instancias jurisdiccionales permanentes.

En el Anexo documental están incorporados • el *Protocolo de Brasilia para la Solución de las Controversias* de 1991, • el capítulo VI "Sistema de Solución de Controversias" del *Protocolo de Ouro Preto* y su *Anexo "Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR"* y el "Régimen de Solución de Controversias" del *Acuerdo de Complementación Económica MERCOSUR-CHILE*.

La solución de controversias constituye un tema de fundamental relevancia para el avance del proceso de integración del Mercado Co-

mún del Sur, de lo que deriva la creciente necesidad de estudiar y ponderar sus mecanismos actuales para resolver las controversias, al mismo tiempo que el análisis de los posibles modelos definitivos.

En suma, cabe resaltar la utilidad de la obra reseñada que al abordar el tema en una forma clara y accesible nos permitirá y ayudará a reflexionar acerca de los pasos a seguir a fin de contar con un sistema de solución de controversias adecuado a nuestra realidad.

*María Alejandra Sticca*  
*Licenciada en Relaciones Internacionales*

"EVOLUCION DE LAS PESQUERIAS EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL. UNA PERSPECTIVA ARGENTINA",  
por Ernesto Rey Caro y Nelson Daniel Marcionni  
Marcos Lerner Editora Córdoba,  
Córdoba, julio 1998, 253 páginas.

En esta ocasión los Profesores Rey Caro y Marcionni nos enriquecen con una obra que, tal como su título lo indica, aborda el tema de la evolución de las Pesquerías, haciendo especial hincapié en la perspectiva argentina.

La obra que reseñamos se divide en dos partes y un anexo. La *Primera Parte*, que abarca los cinco primeros capítulos, procura desentrañar la incidencia que tuvo la pesca en la estructuración del régimen jurídico internacional de los espacios marítimos. Trata de descubrir cuáles fueron los intereses estatales que primaron en el desarrollo y consolidación de dicho régimen.

Ese propósito "marca la secuencia de los capítulos que desde las primeras formulaciones legales y doctrinarias conducen a la situación actual, pretendiendo traducir, a manera de síntesis, los cambios experimentados".

El Capítulo Primero titulado *La Explotación de los Recursos Naturales y el Régimen Jurídico de los Espacios Marítimos* comienza analizando las primeras formulaciones legales y doctrinarias desde los Siglos XIII y XIV. Luego aborda la *Conferencia de Codificación de La Haya* de 1930 y las fisuras en el régimen jurídico internacional clásico de los espacios marítimos que se producen a partir de la década del treinta. Al estudiar la *Conferencia de Ginebra* de 1958, los autores centran su atención en el trabajo realizado por las Comisiones 1 y 3. Seguidamente estudian la *Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua*, la *Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en la Alta Mar* y la *Conferencia de Ginebra* de 1960. Acompañan un análisis de jurisprudencia internacional, el *Affaire de las Pesquerías* (Gran Bretaña c/Noruega) sometido a la *Corte Internacional de Justicia*, al cual califican como un importante precedente jurisprudencial. A renglón seguido estudian atentamente el Período 1960-1973, en el que advierten la tendencia a la ampliación de la jurisdicción a los efectos del aprovechamiento y control de las pesquerías. En esta oportunidad introducen el estudio de un fallo pronunciado por la *Corte Internacional de Justicia* en 1974, a raíz de las demandas instauradas por la Gran

Bretaña y la República Federal de Alemania en contra de Islandia, sobre la competencia estatal en materia de pesquerías.

El Capítulo Segundo versa sobre la *Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Sostienen los autores que el Derecho Internacional es “uno de los instrumentos más trascendentes de los últimos tiempos”. Si bien no se detienen a analizar la labor preparatoria de la Convención, sí destacan y ponen de resalto la labor llevada a cabo por la República Argentina, la cual sienta “criterios bien definidos en la materia”. Examinan exhaustivamente las disposiciones de la Convención, especialmente las pertinentes a la Zona Económica Exclusiva, arts. 63/64/65/66 y 67 y las del Alta Mar. En lo que respecta a las características del régimen convencional, comienzan señalando que “no cabe duda que una de las mayores dificultades que ofrece el régimen de la *Convención* es la conciliación de los derechos de los Estados ribereños de ordenar sus recursos vivos dentro de sus zonas económicas exclusivas, con los derechos de pesca en alta mar reconocidos a los Estados y, en particular, la cuestión de las especies altamente migratorias y de las poblaciones transzonales (...)” En este punto reseñan las distintas posturas mantenidas por los Estados, lo que enriquece grandemente la obra. Se detienen particularmente en el “deber de cooperación” establecido en los arts. 118 y 119 de la *Convención*. Culminan observando que “El instrumento aprobado en 1982, que recién entraría en vigor en 1994, recibió los impresionantes cambios que se habían producido en el Derecho Internacional Marítimo Clásico (...)”

El Capítulo Tercero: *La Problemática en otros Foros Internacionales* nos muestra cómo las cuestiones vinculadas con las obligaciones de los Estados en la conservación y administración de los recursos vivos de la alta mar ya habían sido examinadas en otras reuniones y conferencias internacionales. Puntualizan que en el *Comité Preparatorio de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo* se presentó un proyecto sobre principios y medidas para hacer efectivo el régimen de *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* que en la *FAO* se trabajó en la elaboración de un *Código Internacional de Conducta para una Pesca Responsable* adoptado en octubre de 1995.

En el Capítulo Cuarto: *Conferencia de Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios de 1993*, encontramos las distintas posturas sostenidas por los Estados y los proyectos por ellos presentados sobre la materia. Los autores analizan minuciosamente el texto de negociación preparado por el Presidente de la reunión, el cual fue seleccionado por los destacados investigadores por ser instrumento útil para resumir las principales cuestiones que se abordaron.

En el Capítulo Quinto: *Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios* adoptado en 1995, hallamos un pormenorizado análisis del contenido del documento.

La *Segunda Parte* de esta investigación expone, en tres capítulos, los lineamientos de la política seguida por la República Argentina como Estado. No se omiten las disputas entre Nación y Provincias ribereñas por el dominio y jurisdicción sobre las pesquerías. Asimismo, se señalan los lineamientos generales contenidos en la Ley 24.922/97 relativa al Régimen Federal de Pesca.

El Capítulo Sexto: *Legislación Argentina* comienza con las primeras normas jurídicas sobre la materia, las reivindicaciones de plataforma continental y de mar epicontinental. En este punto, los investigadores destacan la importancia del Decreto 14.708 del 9/10/1946 que declaró la soberanía de la Nación sobre el mar epicontinental y sobre la plataforma continental. Luego continúan analizando la Ley 17.094/66 y sus instrumentos complementarios; los Tratados de límites de 1973 y 1984 y su proyección en los espacios marítimos argentinos; la Ley 23.968/91 que reguló los espacios marítimos y estableció la anchura del MT, ZC, ZEE y límite exterior de la PC y, finalmente, la ratificación de la *CNUDM* por la ley 24.543/95.

El Capítulo Séptimo: *Jurisdicción de las Provincias* con litoral marítimo, presenta la normativa nacional y provincial sobre la materia, las reivindicaciones de las Provincias de Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego y Buenos Aires. Afirman los autores "Estas reivindicaciones provinciales, que entran en colisión con las facultades que invoca el Gobierno Nacional, han creado una gran incertidumbre, que deberá aventarse estableciendo una normativa precisa y respetuosa de las competencias de la Nación y de las Provincias."

En el Capítulo Octavo: *El Medio Marino Argentino* se resalta la riqueza, el potencial de distinta índole del amplio litoral marítimo. Los especialistas advierten acerca de la validez y permanencia de las ideas expuestas por los argentinos STORNI y SUAREZ, a quienes proclaman precursores de la "conciencia marítima".

El último capítulo presenta a manera de epílogo una *Síntesis y Pautas para una Política Pesquera*. El mismo señala que la legislación argentina fue acompañando los cambios producidos en el Derecho del Mar y fue ampliando las competencias estatales, sin que ello importe admitir que los intereses marítimos ocuparon siempre un lugar de privilegio, pese a la inmensa riqueza de los mares adyacentes a su territorio. En esta parte exponen algunas ideas destinadas a contribuir a

aflanzar la política legislativa y a definir las actitudes que debería asumir la República Argentina frente a importantes instrumentos internacionales suscriptos en época reciente, como así también para regular la explotación y conservación racional de sus recursos vivos marítimos.

Este trabajo está acompañado de un valioso *Anexo* que contiene cuadros, gráficos y documentos. Los primeros cuadros reflejan las Reivindicaciones Nacionales de Jurisdicción Marítima, descomponiendo los datos en Estado/Anchura del Mar Territorial/Plataforma Continental/Zona de Pesca y Zona Económica Exclusiva. Los restantes cuadros reflejan datos relativos a Capturas máximas permisibles por especie, Capturas marítimas, Capturas marítimas totales de las Provincias de Buenos Aires, Chubut, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego y Exportaciones de Productos Pesqueros – Totales anuales. No podemos dejar de poner de relieve la importancia que revisten estos gráficos puesto que permiten apreciar con mayor claridad la información, ayudan a interpretar los datos en ellos consignados y además mediante un análisis comparativo de los mismos permiten arribar a interesantes conclusiones.

El *Anexo Documental* presenta • un gráfico que indica el número de Estados y entidades Partes en la *Convención Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* de 1982, • el *Acuerdo relativo a la Implementación de la Parte XI de la Convención Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* de 1994 y • el *Acuerdo para la Implementación de las Cláusulas de la Convención Naciones Unidas sobre Derecho del Mar relativas a la Conservación y Ordenación de las Especies Transzonales y Altamente Migratorias* de 1995, incluye asimismo el texto de la Ley 24.922/97 Régimen Federal de Pesca

El rigor científico de la obra reseñada se pone de manifiesto en la profusión de notas de pie de página, las cuales contribuyen a la comprensión y profundización de las temas abordados al remitirnos a bibliografía y documentos cuidadosamente seleccionados. Sin duda es una valiosa entrega que abrirá senderos para futuras investigaciones.

*María Alejandra Sticca*  
*Licenciada en Relaciones Internacionales*

DE CRISTOBAL COLON A INTERNET: AMERICA LATINA  
Y LA GLOBALIZACION  
por Aldo Ferrer  
Fondo de Cultura Económica

El fenómeno de la globalización, es una de las principales características del mundo actual. Este proceso ha dejado de abarcar el mundo de la economía para comprender también campos tales como la informática, las comunicaciones, y consecuentemente el manejo de información. En este escenario se inscriben los procesos de integración regional, como respuesta de los estados que ya no pueden estar a la altura de las exigencias del sistema de manera individual. De estos temas se ocupa Aldo Ferrer en la obra que comentamos, realizando un análisis crítico del tema de la globalización a lo largo de la historia, y de los desafíos que este proceso supone para nuestro país y sobre todo para el Mercosur.

La obra comienza proponiendo un estudio del proceso de globalización en el mundo. En la primera parte se señala la distinción entre globalización real —constituida principalmente por los cambios a nivel tecnológico, la acumulación de capital y la aptitud de la economía para generar ventajas competitivas— y la globalización virtual —consistente en los avances en el procesamiento y transmisión de información y en el cambio en la esfera financiera—. Se destaca cómo, en el proceso de globalización actual, la de tipo virtual ha tenido su aparición y protagonismo.

Se ocupa también, del concepto de globalización selectiva, definida como aquella que abarca las esferas donde predominan los intereses de los más poderosos. De esta manera la creación o el crecimiento de la imagen de un mundo sin fronteras, aparece gobernada por fuerzas que se encuentran fuera del poder de los Estados y de los actores sociales.

En esta parte desarrolla también la visión fundamentalista de la globalización. Para esta visión el orden mundial sería hoy un sistema de relaciones entre agentes económicos, en el cual han perdido importancia los vínculos entre los Estados Nacionales. En consecuencia lo importante no sería buscar el desarrollo sino hacerle caso a los mercados. El autor critica esta visión, exponiendo sus razones para demostrar que ella no se verifica en la realidad. Es interesante el análisis que realiza Ferrer de la importancia del desarrollo, como mecanismo me-

Alante el cual los Estados periféricos puedan formar parte del escenario económico político actual.

Realiza también un estudio del predominio de los Estados Unidos en la economía mundial y en la globalización, estableciendo que aquí tiene más peso en la globalización virtual que en la real. El análisis es concreto y profundo, y ofrece datos muy útiles para aquellos que buscan una visión general de la situación.

Se ocupa también de desarrollar cuál es el movimiento y el crecimiento del mercado financiero, como fenómeno que tiñe la economía actual, y que no tiene precedentes en el pasado.

Realiza un estudio certero de las repercusiones que la crisis Asiática de 1997 tuvo y tiene en las distintas partes del mundo, y cómo esa crisis influyó en los principales sistemas económicos así como también la respuesta dada por cada uno de ellos, frente a la crisis. En este sentido realiza una propuesta de cómo encarar la solución de la crisis de la economía global, poniendo el énfasis en el ajuste con reactivación financiera.

Para el autor, en América Latina, encontramos Estados débiles con dificultades para constituir instituciones participativas o regímenes progresivamente abiertos, instituciones inestables o inútiles para sostener políticas de largo plazo y dependencia continua del crédito externo para financiar el déficit público y el balance de pagos. Realiza un análisis pormenorizado de cuál es la situación de América Latina respecto de la concentración de la riqueza y el ingreso, la estratificación social, el régimen político y las variables económicas.

Asimismo, encuentra que estos países tienen dificultades para proporcionar respuestas exitosas al desafío de su desarrollo en el mundo global. Con este panorama los procesos de integración aparecen como la respuesta para generar una mejor solución a este dilema.

Para Ferrer la Integración en Latinoamérica, la ampliación del mercado y la concentración de políticas en áreas clave como el desarrollo industrial y tecnológico, fortalecen la capacidad de estos países para responder con eficacia a los desafíos y oportunidades que da la globalización.

En la segunda parte, el autor realiza un análisis de cómo los procesos de colonización —especialmente el de América—, constituyeron procesos de globalización mundial. Es interesante la comparación entre aquel proceso y el que podemos encontrar en la actualidad. Se ocupa también de las consecuencias que las dos guerras mundiales tuvieron para los países con economías primarias, así como también el proceso de desglobalización que las acompañó. Pasa luego a describir

qué sucedió en el período posterior a la segunda Guerra Mundial, con un marcado impulso a la economía global. Remarca este período en el cual los productos primarios dejaron de representar la mayor parte del comercio mundial y el comercio de manufacturas ocupó su lugar. De esta manera el papel preponderante que tenían los países no industrializados durante finales del siglo XIX y principios del XX, fue substituido por la hegemonía de los países industrializados.

De esta manera se ofrece un análisis que permite conocer cómo los cambios en la economía mundial en los procesos de globalización, desglobalización y nueva globalización, influyeron en la determinación de los países centrales y periféricos.

Hacia el final de la obra el autor se ocupa de la llamada tercera vía, definida como aquella que recoge por un lado, los principios del estado de bienestar de pleno empleo y equidad social, y los del modelo neoliberal de eficiencia y despliegue de las fuerzas del mercado libre. Ferrer se refiere a la validez de las iniciativas de la social democracia europea para modelos de estado latinoamericano, y la utilidad de la tercera vía para lograr el desarrollo de América Latina y para transformar el estilo de sus relaciones con el orden global, liderado por los países centrales. Su postura en este punto es de crítica y propone elementos interesantes para llegar a responder el interrogante planteado.

En definitiva la obra propone un análisis breve tanto histórico, como político-económico del fenómeno de la globalización, proporcionando valiosos elementos para cualquier examen sobre el tema. Asimismo, es una invitación a la reflexión acerca de la conveniencia y utilidad de imponer políticas nacidas a la luz de otras realidades sociopolíticas. En todo caso propone una visión de cómo encarar soluciones propias a problemas particulares.

Andrea Galindo  
(Docente de la Facultad de Derecho - UBA)

**"CURSO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO"**  
por Pedro Aberastury-María Rosa Cilurzo.  
Ed. Abeledo-Perrot 1998, pág. 246

En la obra "CURSO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO", (editada por Abeledo-Perrot), sus autores Pedro Aberastury (h.) y María Rosa Cilurzo, profesores de "Derecho Administrativo" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, han logrado sintetizar, sin dejar de profundizar, el estudio de los temas más relevantes del procedimiento administrativo.

Nos encontramos ante una pieza con una muy buena división sistematizada, contando con un total de diez capítulos, bien delimitados en sus respectivas materias. Enfocando los temas desde una postura garantista de los derechos de los administrados, pero no dejando de mencionar las posturas contrarias sustentadas por otros destacados autores y especialistas en derecho administrativo.

En un comienzo, si bien tratan la evolución histórica, el concepto y la constitucionalidad del procedimiento administrativo, tratan estos temas defendiendo desde el comienzo, su postura amplia y garantista, necesaria en todo estado de derecho.

Comentando los temas más relevantes, encontramos que en el referido a "Los Principios del Procedimiento Administrativo", los autores realizan una elaboración concisa de los principios que animan todo el procedimiento, resultando muy clara la delimitación de cada uno de ellos.

En cuanto a "La tramitación del expediente administrativo", el mismo resulta interesante toda vez que no hay bibliografía que de una forma tan simple y a la vez elaborada, estructure cómo un particular puede o debe, según el caso, iniciar y tramitar un expediente en sede administrativa, como así también, cuando necesita patrocinio letrado.

Al tratar sobre "Las partes en el procedimiento administrativo", es relevante el punto de vista de los distinguidos autores en lo que atañe a la legitimación, adhiriendo a una postura amplia al respecto, que no es la sostenida por la mayoría de la doctrina. En este mismo acápite hacen mucho hincapié en diferenciar cuándo es necesaria la representación legal obligatoria y cuándo es facultativa. Para concluir, introducen un tema novedoso como lo es la participación de los entes públicos

en el procedimiento administrativo, tratando en especial los casos de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y el Defensor del Pueblo.

Con respecto a "La vista de las actuaciones", la misma es analizada con profundidad, desde el punto de vista de una "garantía" que tiene el administrado de conocer los actos de gobierno, "garantizándose" así el derecho de defensa en juicio, y el principio del debido proceso adjetivo. Reafirmando su postura amplia en lo que hace a la legitimación. Tratan además los efectos del pedido, otorgamiento o negativa de la vista, quedando aclarado cuando se interrumpen o no los plazos, la forma en que deben contarse los mismos, para interponer los distintos remedios administrativos previstos por la ley.

Relacionado con la caducidad en el procedimiento administrativo, incluyen el caso particular dado por el art. 26 de la ley 24.447, que dejó de lado el principio general existente en el reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Cuando se refieren a "La publicidad de la actuación de la Administración", luego de analizar y desmenuzar los artículos 41 a 45 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, realizan una crítica a las reformas introducidas a los mismos por el decreto 1883/91, concluyendo que la reforma vulnera derechos constitucionales, como por ejemplo al sanear una notificación inválida concediendo una prórroga en los plazos para deducir la vía recursiva o la impugnación judicial.

En el último acápite introducen un nuevo concepto en materia "recursiva", ya que entienden que más que de "recursos" se trata de "remedios" o medios de protección al alcance del administrado, para corregir conductas administrativas, continuando así en la postura amplia que sostienen durante toda la obra respecto al acceso que deben tener los particulares al expediente administrativo. Es decir que no solamente, en este capítulo se tratan los recursos o reclamos, sino también las denuncias que pueden efectuar los particulares, que son muy pocas veces tratadas por otros autores.

Asimismo, es interesante, el tratamiento que realizan de las medidas cautelares, ya que consideran que en la actualidad este instituto es efectivo para lograr la suspensión del acto administrativo ante el órgano jurisdiccional.

Resultan muy ilustrativos los cuadros comparativos de los distintos "recursos" o "remedios" que puede interponer el particular ante la Administración Pública, en los cuales se logra sintetizar la totalidad de las legalizaciones, tanto nacional como provincial, e incluso la de la Ciudad de Buenos Aires.

Es importante destacar que el libro analizado, por sobre todas las cosas, trata en todo momento de dar un punto de vista garantista, ya que los derechos de los administrados hoy en día se encuentran distorsionados ante los cambios del ordenamiento administrativo, sin dejar de referirse a los principios rectores a los que debe sujetarse la administración teniendo en miras la Constitución Nacional.

Resaltamos la facilidad y profundidad con la que los Dres. Aberastury y Cilurzo, desmenuzan y analizan todos los supuestos ante los cuales, en la práctica, los administrados se pueden encontrar y cómo deben actuar para corregir el accionar de la administración, por ejemplo cómo atacar una vía de hecho (Capítulo X).

La presente obra demuestra que en forma sintética se pueden analizar profunda, sencilla y claramente conceptos tan ricos como los que contiene el procedimiento administrativo.

Consideramos que el libro, más allá de lo pretendido por sus autores, en el sentido de dirigirlo a los estudiantes de derecho, es una importante fuente de consulta tanto para el administrado que debe actuar ante la Administración Pública, como para el profesional del derecho que deba presentarse en esa sede y para los funcionarios que pretendan actuar conforme a derecho.

Andrea M. Siritto  
Docente de la Facultad de Derecho - UBA

Fundación Konrad Adenauer

La obra "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano" — Edición 1988 — editada por la Fundación Konrad Adenauer, es una recopilación que muestra la importancia del anuario constitucional, principalmente en América Latina, no dejar de lado la experiencia adquirida en la práctica. Siguiendo así la Fundación, fielmente, a sus objetivos tanto contribuir al fortalecimiento de la estabilidad latinoamericana, como promover estudios sobre el proceso de desarrollo de América Latina mejorando cualitativamente los métodos de asesoramiento, aportar al debate entre los representantes de la teoría, la política y sus prácticas locales.

Trata desde diversos puntos de vista, las constituciones, y sus evaluaciones, de países tales como Perú, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Uruguay, Argentina, y por supuesto, la República Federal de Alemania, realizando un análisis comparativo en lo que hace a la jurisprudencia y doctrina, tratando la multiplicidad de las problemáticas constitucionales.

Entre los autores invitados a participar de la presente recopilación, unos eran autores muy destacados y prestigiosos constitucionalistas locales y extranjeros, y, si bien, resulta imposible la participación de la totalidad de los académicos latinoamericanos, como así también, la exposición íntegra del estado de temas constitucionales relevantes de cada país de Latinoamérica y las diversas posturas doctrinarias de los mismos, puede considerarse que la obra analiza los temas más novedosos, referidos a la evolución constitucional de cada uno de los países mencionados.

Aborda cinco temas centrales: Estado de Derecho y Constitución; La Jurisdicción Constitucional; Evolución de la Jurisprudencia; Garantías Constitucionales; y Crónicas Constitucionales.

El libro comienza en forma advertida, con dos estudios que tratan al Estado de Derecho y la Constitución, temas que no pueden ser tratados en forma separada e independientemente, sino en forma conjunta, ya que no existe uno sin el otro, en todo sistema democrático.

Los diversos autores realizan una comparación de los diversos fallos emanados de los tribunales de sus respectivos países, como así

también, de la doctrina imperante en ellos. Destacan la evolución constitucional de las naciones, a la vista de los cambios políticos sufridos por cada una; mostrando al lector las diferentes posturas posibles para el diferendo de conflictos en los que se ven involucradas las normas superiores, refiriéndose en general al derecho de propiedad, debido proceso penal, o libertad de prensa o información; dando así un amplio espectro de soluciones posibles.

Muestra cómo las distintas naciones se ven en la necesidad de reformar sus cartas magnas, adaptándolas a la realidad política y evolución histórica, incluyendo, y a veces haciendo hincapié, en temas tales como el derecho y la protección al medio ambiente, y la libertad individual.

Nuestro distinguido constitucionalista Dr. Néstor Pedro Sagüés, efectúa un muy interesante desarrollo de la evolución sobre la censura judicial a la prensa de nuestro país. Este artículo había sido publicado bajo el título "The Judicial Censorship to the Press in Argentina" en el *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas* de la Southwestern University de Los Angeles, y es ésta la primera vez que se publica su versión en español.

Muestra las normas constitucionales que tratan en general la cuestión de la censura; estudia la doctrina, también general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre censura, en orden a probar que esa doctrina es históricamente contradictoria.

Asimismo analiza el fenómeno de la censura judicial previa desde la óptica de los distintos autores y las diferentes resoluciones del resto de los tribunales del país, intentando probar que es imposible encontrar entre ellos una coincidencia básica común.

Considera los veredictos u opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ambos como intérpretes del Pacto de San José de Costa Rica, que no guardan acuerdo completo con los emanados de los tribunales locales.

Sin embargo, es positivo que los miembros del Supremo Tribunal hayan estudiado la cuestión de la censura tanto desde la perspectiva de la Constitución Nacional como del Pacto de San José de Costa Rica, ello significa que los tribunales argentinos están paulatinamente asimilando el derecho transnacional, que lo interpretan y lo efectivizan.

Abarca desde la censura previa durante el estado de sitio, pasando por los distintos períodos democráticos, realizando una comparación jurisprudencial desde el caso: "Editorial Sur c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", dictada por la Corte Suprema de Justicia de

la Nación, el 27 de diciembre de 1963; hasta la actualidad con los casos más recientes y sonados de "Verbitsky" y "Servini de Cubría", destacando que en éste último precedente es donde el más Alto Tribunal de la Nación se pronunció específicamente, sobre la censura judicial previa.

Concluye en que los autores de derecho constitucional no aceptan la censura previa, pero que los autores de derecho civil son proclives a admitirla, a fin de evitar daños irreparables a ciertos derechos como son el honor, la privacidad y la dignidad de la persona. Por último destaca que más que contradictoria, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido oscilante.

La obra en su conjunto recepciona las nuevas tendencias normativas en los distintos países latinoamericanos, con planteos de suma riqueza que dan lugar a la posibilidad de realizar un análisis y una comparación evolutiva de la realidad.

Paula L. Schlimovich  
Docente de la Facultad de Derecho - UBA -

