

Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Revista Jurídica de Buenos Aires

Empleo de la fuerza
(caso Irak) y otras cuestiones
de Derecho Internacional

Guillermo R. Moncayo

Director y Coordinador

2002
2003



LexisNexisTM
Abeledo-Perrot

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Facultad de Derecho
Departamento de Publicaciones

Revista Jurídica de Buenos Aires

Empleo de la fuerza
(caso Irak) y otras cuestiones
de Derecho Internacional

Guillermo R. Moncayo
Director y coordinador

2002 / 2003

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Facultad de Derecho
Departamento de Publicaciones

Revista Jurídica de Buenos Aires

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (AÑO 2003)

DECANO: Atilio Aníbal Alterini
VICEDECANA: Mónica Pinto
SECRETARIO ACADÉMICO: Gonzalo Álvarez
SECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL: Alejandro Gómez
SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN: María Cecilia Gómez Masía
SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA: Juan Pablo Mas Vélez
SUBSECRETARIO ACADÉMICO: Sergio Brodsky
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL: Luis Mateo Barreiro

CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES:
Andrés J. D'Alessio - Alberto J. Bueres - Mónica Pinto - Ricardo A. Guibourg - Graciela Güidi
Abel M. Fleitas Ortiz de Rozas - Jorge A. Sáenz - Marcelo Gebhardt

GRADUADOS:
Horacio Bersten - Beinus Sz mukler - Ramiro Monner Sans - Enrique Rodríguez Chiantore

ESTUDIANTES:
Christian Alberto Cao - Clara Killmeate - Mariano Tolosa - Fernando G. Ruiz Díaz

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

DIRECTORA: Mary Bellof
SUBDIRECTOR: Nicolás Eliashev
SECRETARIO: Pablo Perel

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

DIRECTOR: Guillermo Moncayo
SUBDIRECTOR: Carlos M. Cárcova
SECRETARIO DE REDACCIÓN: Pedro Aberastury
CONSEJO DE REDACCIÓN: Arístides H. Corti, Jorge Rodríguez Mancini,
Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca
COORDINADOR PARA ESTE NÚMERO: Guillermo Moncayo



LexisNexis™
Abeledo-Perrot

Revista jurídica Buenos Aires 2002/03.- Director y coordinador
Guillermo R. Moncayo 1ª. ed.- Buenos Aires :
Abeledo Perrot, 2003.
272 p. ; 23x16 cm.

ISBN 950-20-1542-8

1. Derecho
CDD 340

Todos los derechos reservados

© by ABELEDO-PERROT

LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.

Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires - Argentina

Tel. (54-11) 5235-5430 - info@lexisnexus.com.ar

En coedición con la Facultad de Derecho
de la Universidad de Buenos Aires

I.S.B.N.: 950-20-1542-8

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723 Derechos reservados
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina

Se terminó de imprimir el 5 de enero de 2004,
en ENCUADERNACIÓN LATINO AMÉRICA S.R.L.,
Zeballos 885, Avellaneda, Pcia. de Buenos Aires, Argentina
Tirada: 500 ejemplares

ÍNDICE GENERAL

Prefacio	9
----------------	---

DOCTRINA I

ANTONIO REMIRO BROTONS: <i>Irak: Un crimen de agresión según el Derecho Internacional</i>	15
JOSÉ MARÍA V. OTEGUI †: <i>La invasión de Irak: Circunstancias y efectos</i>	33
HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE: <i>11 de septiembre de 2001 y 1º de julio de 2002. ¿Una nueva inflexión en la seguridad colectiva?</i>	51
DANIEL - ERASMUS KHAN: <i>Responsabilidad individual, desde la óptica del Derecho Penal Internacional, por un acto de agresión militar en contra de Irak, en contravención con el Derecho Internacional Público</i>	81

DOCTRINA II

MÓNICA PINTO: <i>Terrorismo y Derechos Humanos</i>	105
SILVIA A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI: <i>La Corte Penal Internacional: Un avance en la lucha contra la impunidad</i>	141
MARTA VIGEVANO: <i>El uso de la fuerza por las operaciones de paz de las Naciones Unidas en el marco del Derecho Internacional Humanitario</i>	159

ENSAYOS

ÁNGEL PABLO TELLO: <i>El nuevo imperio</i>	175
--	-----

DOCUMENTOS

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ VALONI (h): <i>Proyecto de ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional. Presentación</i>	215
<i>Proyecto de Ley</i>	217

BIBLIOGRAFÍA

ALAN BÉRAUD: <i>El territorio del Estado y la soberanía territorial</i> , de Julio A. Barberis	253
SUSANA NOVILE: <i>Estudios de Derecho Internacional</i> en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro. Zlata Drnas de Clément (Coordinadora)	259
JOSÉ CARLOS BOCCHIARDO: <i>Derechos y garantías constitucionales del contribuyente – A partir del principio de reserva de ley tributaria</i> , de José Osvaldo Casás	263
ANDRÉS M. USLENGHI: <i>Las medidas cautelares contra la Administración Pública</i> , de Pablo O. Gallegos Fedriani	269

PREFACIO

I

El número de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* que hoy se publica está destinado al análisis de algunas cuestiones actuales del derecho internacional que interesan a la comunidad internacional en su conjunto y, naturalmente, a nuestro país.

Su propósito inicial es considerar, desde una perspectiva jurídica y política, la guerra desencadenada por los Estados Unidos en Irak y sus inmediatas consecuencias. Este hecho tiene trascendencia pues afecta a normas fundamentales del derecho internacional e incide en las estructuras y funciones de la sociedad internacional institucionalizada.

Han sido quebrantadas las normas que prohíben el empleo de la fuerza aceptadas como derecho imperativo y, a la vez, se ha prescindido del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al emprenderse una vasta acción militar sin su consentimiento legitimador.

Hay una inequívoca regresión jurídica e institucional que no puede ser superada, en su esencia, por soluciones de compromiso. La ilegitimidad de las conductas violatorias de normas de *jus cogens* como la que prohíbe la agresión, no pueden ser convalidadas. Fue lento el proceso que llevó a afirmar ese principio. Lo pusieron de relieve los Tribunales de Nuremberg y de Tokio en la inmediata posguerra y la Carta de las Naciones Unidas lo erigió como un principio inexcusable para el mantenimiento de la paz. No es un proceso lineal y ha sido desconocido en diversas ocasiones, sin que las conductas internacionalmente reprochables sufrieran más sanción que la de una opinión pública internacional adversa.

Pero no siempre esas violaciones han tenido la magnitud de las operaciones contra Irak, ni han sido rodeadas de circunstancias que tan palmariamente las descalifican jurídica y éticamente.

Se dijo inicialmente, para justificarlas, del ejercicio de un supuesto derecho a una legítima defensa preventiva de contornos imprecisos, librado al arbitrio del supuesto amenazado, argumento dejado de lado por su inconsistencia. También se invocó una habilitación anticipada por Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas permisivas del uso de la fuerza, que la interpretación de buena fe de las lejanas resoluciones 678/1990 y 687/1991 y de la reciente resolu-

ción 1441/2002 no autorizaban. Se especuló con supuestos vínculos del régimen de Saddam Hussein con la organización terrorista Al-Qaeda, jamás demostrados y se hizo hincapié fundamental en la posesión de armas de destrucción masiva (nucleares, químicas o biológicas) por parte del dictador iraquí. Se falsearon o distorsionaron datos en instancias parlamentarias internas y ante el Consejo de Seguridad; se dijo en Gran Bretaña de una capacidad de destrucción masiva del régimen de Bagdad susceptible de ser desencadenada en cuarenta y cinco minutos y también del acuerdo de Irak con Nigeria —que se reveló falso— para adquirir tecnología y bienes nucleares, desinterpretando o distorsionando informes de los servicios de inteligencia de los Estados Unidos y de Gran Bretaña.

Se frustró en el Consejo de Seguridad la posibilidad de que el grupo de inspectores de la ONU, presidido por el diplomático sueco Hans Blix y del que participó la OIEA, completase en un período razonable sus inspecciones para agotar estudios e investigaciones que, en su fase inicial, evidenciaban la ausencia de las presuntas armas de destrucción masiva, ausencia que sería confirmada tras la guerra por un cuerpo de inspectores enviado por los Estados Unidos (Grupo de Tareas 75).

El Consejo de Seguridad debió sortear la humillante intimación de los Estados Unidos para que aprobase una operación militar que ya estaba decidida antes de sus perentorios requerimientos en una suerte de cruzada en la que, peligrosamente, se mezclaban la concepción mesiánica de salvaguardar la civilización occidental, con concretos intereses económicos en una región que acumula una gran parte de las reservas petrolíferas del mundo.

Ante su fracaso en el Consejo de Seguridad, los Estados Unidos y Gran Bretaña cumplieron su amenaza e invadieron Irak. La coalición de sus fuerzas logró tras tres semanas derrocar al régimen iraquí. No logró ganar la paz. Los que suponían y aspiraban a ser acogidos como libertadores son considerados ocupantes ilegítimos o invasores, aun por comunidades religiosas víctimas de inhumanas represiones. Hay inseguridad acentuada en Irak, muerte, carencia de servicios públicos esenciales y la restitución de su soberanía en un plazo que no sea incierto se presenta como necesaria para superar esta suerte de reimplantación de un esquema anacrónico de dominación.

En tanto, los principios con los que fue enfrentado el ejercicio unilateral de la fuerza en el Consejo de Seguridad y fue cuestionada su legitimidad, también proclamados inicialmente por el secretario general de las Naciones Unidas, han debido ceder o conciliarse con consideraciones y conductas pragmáticas. Una visión crudamente realista ha llevado a que el 22 de mayo de 2003 el Consejo de Seguridad —con el voto de catorce de sus miembros— aprobase la resolución 1483 patrocinada por ese país, Gran Bretaña y España quienes, de agresores, se transformaron en mandatarios de la comunidad internacional bajo la forma de una Autoridad Provisional de la Coalición (la Autoridad), que ha de presidir la administración del territorio en un esquema que, inicialmente, relega a las Naciones Unidas a tareas básicamente humanitarias.

Ante este resultado de compromiso cabría admitir que las Naciones Unidas no serían concebibles sin la participación activa de los Estados Unidos a menos de transformarse en un foro dialéctico e inoperante, pero a la vez ha de afirmarse la convicción de que la Organización no debe consentir que sus facultades y su papel fundamental en el mantenimiento de la paz sean asumidos unilateralmente al margen de la legalidad internacional. Ningún orden estable y justo puede consolidarse sobre la base de la fuerza y el ejercicio del poder. Lo dijo acertadamente Sergio Vieira de Mello (ex alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y ex representante especial del secretario general de la ONU en Irak) poco antes de su trágica muerte:

"La preponderancia militar de los Estados Unidos y Gran Bretaña no debe inducirnos a pensar que la estabilidad internacional puede garantizarse por la fuerza. Si el sistema internacional quiere basarse en algo distinto al poder los Estados tendrán que volver a la institución que construyeron: las Naciones Unidas" *.

La imposibilidad del Consejo de Seguridad de implementar la resolución 1441/2002 votada unánimemente y su marginación e impotencia ante el empleo de la fuerza sin su consentimiento lleva a la reflexión. Los miembros de las Naciones —en particular los miembros permanentes del Consejo de Seguridad— deben analizar críticamente las carencias de la Organización valorando sus responsabilidades y estudiando —entre otros aspectos— los medios para llevar a cabo una reforma que redefina y actualice los criterios de seguridad colectiva que los tornen más funcionales frente a las amenazas que comporta el terrorismo, pero también que vincule la seguridad colectiva con las amenazas que significan los regímenes que violan masiva y sistemáticamente los derechos humanos y también con las situaciones estructurales de extrema pobreza generalizadas.

II

Las serias implicancias de la guerra de Irak han determinado que cuatro de los artículos de la sección de la *Revista* dedicada a Doctrina y también el Ensayo que tradicionalmente ella contiene, estén referidos, en su primera parte, a ese conflicto.

A él se hallan dedicados valiosos trabajos. El de Antonio Remiro Brotóns, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, escrito especialmente para nuestra *Revista*, el del embajador José María V. Otegui que falleció a poco de concluir su estudio sobre "La invasión de Irak: circunstancias y efectos", a quien rendimos un sentido homenaje de gratitud; el de la profesora Hortensia D. Gutiérrez Posse y el del docente del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Munich, Daniel-Eramus Khan.

* Diario *Clarín*, 19 de mayo de 2003, p. 21.

Luego, la *Revista* se ocupa de otros temas de particular significación para el derecho y las relaciones internacionales, analizados, a través de calificados trabajos, por docentes de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad y de su Maestría de Relaciones Internacionales.

La grave cuestión del Terrorismo y los Derechos Humanos es analizada por la profesora Mónica Pinto; el tema sobre la Corte Penal Internacional y su significación en la lucha contra la impunidad lo es por la profesora Silvia A. Fernández de Gurmendi y el uso de la fuerza en las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas en el marco del derecho humanitario motiva un trabajo de la profesora Marta Vigevano.

El profesor Ángel Pablo Tello ha realizado un elaborado Ensayo sobre "El nuevo imperio". Y, como Documento, se publica el Mensaje con el que el Poder Ejecutivo de la Nación elevó al Congreso el Proyecto de Ley para implementar el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, acompañado de un texto explicativo del docente José Luis Fernández Valoni.

El número de la *Revista* concluye con una reseña bibliográfica de algunas obras de derecho público de interés doctrinario y docente.

De este modo, la *Revista Jurídica* que hoy se publica pretende aportar datos y reflexiones sobre cuestiones trascendentes de la realidad internacional y sobre los desafíos que enfrenta la comunidad internacional a través de estudios que reflejan calificadas opiniones personales de juristas y profesores de derecho internacional y de relaciones internacionales.

Buenos Aires, septiembre de 2003

GUILLERMO R. MONCAYO
Director y coordinador

IRAN: UN CRIMEN DE AGRESIÓN SEGUN EL DERECHO INTERNACIONAL

DOCTRINA I

El 26 de marzo de 1979, el gobierno de la República Islámica de Irán anunció el inicio de la revolución y la caída del régimen anterior. Desde entonces, el país ha experimentado una serie de cambios políticos y sociales. En el contexto del derecho internacional, la agresión es un crimen que implica el uso de la fuerza por un Estado contra otro. Según el artículo 19 del Estatuto de Roma, la agresión se define como el uso de la fuerza por un Estado contra otro, que constituye una violación manifiesta de las obligaciones del derecho internacional. En el caso de Irán, se argumenta que el uso de la fuerza contra el Reino Unido y otros países constituye un crimen de agresión.

La Carta de las Naciones Unidas, que es el fundamento del derecho internacional, establece en su artículo 2(4) que los Estados deben abstenerse de recurrir al uso de la fuerza contra otros Estados. Además, el artículo 39 de la Carta establece que el Consejo de Seguridad de la ONU tiene la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales. En el caso de Irán, se argumenta que el uso de la fuerza contra el Reino Unido y otros países constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas.

El artículo 19 del Estatuto de Roma, que es el fundamento del derecho internacional, establece que la agresión es un crimen. Según el artículo 19, la agresión se define como el uso de la fuerza por un Estado contra otro, que constituye una violación manifiesta de las obligaciones del derecho internacional. En el caso de Irán, se argumenta que el uso de la fuerza contra el Reino Unido y otros países constituye un crimen de agresión.

El artículo 19 del Estatuto de Roma, que es el fundamento del derecho internacional, establece que la agresión es un crimen. Según el artículo 19, la agresión se define como el uso de la fuerza por un Estado contra otro, que constituye una violación manifiesta de las obligaciones del derecho internacional. En el caso de Irán, se argumenta que el uso de la fuerza contra el Reino Unido y otros países constituye un crimen de agresión.

IRAK: UN CRIMEN DE AGRESIÓN SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

por ANTONIO REMIRO BROTONS *

1. El 20 de marzo de 2003 pasará a la historia como el día en que el gobierno de los Estados Unidos desencadenó una guerra de agresión contra Irak, el más aborrecible de los crímenes internacionales por acumular en sí la maldad de todos ellos, según apreciación, hace cincuenta y siete años, del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza, según resolvió, hace veintiocho, la Asamblea General de las Naciones Unidas al definirlo¹. La prueba del crimen resulta de hechos notorios, no ofrece duda su imputación directa a los más altos responsables políticos de los Estados implicados y, pese a las apariencias, el crimen ha continuado por lo menos hasta la adopción de la resolución 1483 del Consejo de Seguridad, de 22 de mayo de 2003, y aún continúa si rechazamos que esta resolución ha podido subsanarlo.

2. Comencemos recordando los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas. La Carta fue revolucionaria al incorporar el compromiso de los Estados miembros a renunciar al uso de la fuerza en sus relaciones (art. 2.4), a salvo el derecho inmanente de legítima defensa frente a un ataque armado (art. 51), y atribuir al Consejo de Seguridad el monopolio de la fuerza institucional para arrostrar las amenazas y quebrantamientos de la paz y los actos de agresión (arts. 24 y 39 y ss.). Además, las obligaciones de los Estados miembros según la Carta prevalecen en caso de conflicto sobre cualesquiera obligaciones asumidas por éstos en virtud de otros acuerdos internacionales (art. 103).

3. Por otro lado, fruto de una larguísima y complicada negociación, la resolución 3314 (XXIX), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974, incluyó en anexo una definición de la agresión que recomendó al Consejo de Seguridad como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la calificación de los hechos. Según esta definición "el primer uso de la fuerza armada en contravención de la Carta" constituye "prueba, *prima facie*, de un acto de agresión" (art. 2), caracterizándose como tales (art. 3), independientemente de que haya o no declaración de guerra y siempre que revistan

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

la suficiente gravedad: "a) la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque..., b) el bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado, c) el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado, d) el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea...". La definición considera asimismo como acto de agresión (art. 3, f) la acción de un Estado que permite que su territorio, puesto a disposición de otro, sea utilizado por éste para perpetrar un acto de agresión contra un tercero.

4. Es notorio que las fuerzas armadas de Estados Unidos y Reino Unido, junto con contingentes menores de Australia y otros países, como Polonia, han invadido Irak, bombardeado sus ciudades, bloqueado su único puerto en aguas profundas, el de Umm Qasr, y atacado sus unidades militares hasta aniquilarlas o rendirlas, con un despliegue de violencia avasalladora. Es también notorio que esos hechos han sido ejecutados por decisión del Poder Ejecutivo con autorización o respaldo parlamentario. Es notorio igualmente que ocupan el territorio iraquí y disponen en él según sus intereses. Asimismo, es bien conocido que para ejecutar su agresión han contado con la cooperación necesaria de otros países, como Turquía, Kuwait, Qatar, Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudita, Italia, o España².

5. Sin embargo, el hecho de que la Administración Bush y los gobernantes de esas naciones "dispuestas", como el Reino Unido y España, a acompañar a los Estados Unidos en la agresión, hayan tratado de presentar el recurso unilateral y masivo a la fuerza armada contra Irak como una operación conforme con la legalidad internacional, hace absolutamente necesario dejar bien establecida la calificación criminal de las operaciones ejecutadas.

* * *

6. Para comenzar, los portavoces de los gobiernos agresores parecen haber renunciado a fundar la legalidad de sus actos en la legítima defensa. Cabe pues suponer que incluso para ellos la doctrina de la "acción preventiva" consagrada

² En el caso de España, en particular, el Gobierno ha presentado como una "misión de apoyo humanitario" el envío al Golfo Árabe de una flotilla con unidades sanitarias, de desminado y lucha contra la guerra nuclear, química y bacteriológica, lo que no deja de ser una misión de apoyo logístico a la agresión. Otro tanto cabe decir de la utilización de las bases españolas y del espacio aéreo español en tareas de escala, avituallamiento y repostaje de unidades de los Estados Unidos que extralimitan el marco convencional bilateral. Y aun hubiera sido más grave, de haberse finalmente efectuado, el desplazamiento, en el marco de la OTAN, de media docena de F-18, un avión cisterna y un helicóptero a Turquía para su "defensa" en caso de ataque iraquí. Todo a cargo de la partida presupuestaria aprobada para las "operaciones de mantenimiento de la paz".

en el documento sobre la Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos suscrito por el presidente Bush el 17 de septiembre de 2002 ³ puede ser el eje de un nuevo orden hegemónico, pero no una expresión del derecho internacional en vigor. Teniendo esto en cuenta no me detendré en desmentir lo que no ha sido formalmente sostenido.

7. El discurso de los gobiernos agresores se ha encastillado en la afirmación de que la acción armada contaba con autorización del Consejo de Seguridad, aunque para ello ha tenido que remontarse al 29 de noviembre de 1990, cuando el Consejo autorizó a "los Estados Miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait" a utilizar "todos los medios necesarios" a fin de expulsar del Emirato a las fuerzas armadas de Irak y restablecer la paz y seguridad internacionales en la región (res. 678, párr. 2).

8. Según este discurso, la resolución 687, que el 3 de abril de 1991 dispuso un cese el fuego, sólo "suspendió" la aplicación de esta autorización, condicionada a que Irak cumpliera una serie de rigurosas exigencias, entre ellas, la eliminación de su arsenal de armas de destrucción masiva. En el pasado, Estados Unidos (y Gran Bretaña) habían invocado el incumplimiento sustancial de estas exigencias para bombardear Irak y, ahora, la resolución 1441, de 8 de noviembre de 2002, había venido a reactivar la autorización, pues tras referirse al incumplimiento de las resoluciones anteriores, concedía una "última oportunidad" a Irak, advirtiéndole que de seguir infringiendo sus obligaciones se exponería a "graves consecuencias".

9. Este discurso encuentra su más cumplida expresión en la carta que el mismo día en que se desencadenaba la agresión dirigió al presidente del Consejo de Seguridad el representante permanente de los Estados Unidos ante las Naciones Unidas, John D. Negroponte, comunicándole el comienzo de las operaciones militares de las "fuerzas de la coalición" en Irak ⁴. La carta del representante de los Estados Unidos concluye, por su cuenta, que "el Gobierno del Irak decidió no aprovechar esta última oportunidad en el marco de la resolución 1441 (2002) y ha cometido claramente nuevas violaciones", en vista de lo cual, "ya no existe la base para la cesación del fuego y el uso de la fuerza está autorizado en virtud de la resolución 678 (1990)".

³ *The National Security Strategy of the United States of America*, september 2002, pp. 6, 15.

⁴ S/2003/351, distribuido el 21 de marzo de 2003. "Las acciones emprendidas", decía el embajador, "están autorizadas en virtud de las resoluciones existentes del Consejo, incluidas las resoluciones 678 (1990) y 687 (1991). La resolución 687 (1991) impuso una serie de obligaciones al Irak, incluidas sobre todo unas amplias obligaciones de desarme, que eran condiciones para la cesación del fuego establecida en virtud de dicha resolución. Se ha reconocido y entendido desde hace tiempo", añade el embajador, "que una violación grave de esas obligaciones elimina la base de la cesación del fuego y restablece la autoridad para hacer uso de la fuerza en virtud de la resolución 678 (1990). Ésta ha sido la base de la coalición para hacer uso de la fuerza en el pasado y ha sido aceptada por el Consejo, como puso de manifiesto, por ejemplo, el anuncio público hecho por el secretario general en enero

10. No es ocioso ahora dejar constancia de que la carta norteamericana vincula las operaciones militares a "las constantes violaciones graves por el Irak de sus obligaciones de desarme estipuladas en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, incluida la resolución 1441 (2002)" y declara que su propósito es "garantizar el cumplimiento de esas obligaciones".

11. Este propósito es enfatizado por el Reino Unido en la carta dirigida en la misma fecha al presidente del Consejo de Seguridad por su representante permanente, Jeremy Greenstock, para informarle de la "acción militar" emprendida por las fuerzas armadas británicas "en asociación con las de los Estados Unidos y las de Australia"⁵. La carta del Reino Unido, que evoca más sucintamente los fundamentos legales de la acción, coincidentes con los alegados por el representante norteamericano, insiste en que "la acción militar sólo se emprendió cuando se tornó evidente que no existía ninguna otra manera de obtener el cumplimiento por el Irak de sus obligaciones (en materia de desarme)", limitándose a "las medidas mínimas necesarias" para asegurar dicho cumplimiento.

* * *

12. Desde un punto de vista legal el discurso anglosajón es alambicado y carece de base. La autorización del uso de la fuerza por la resolución 678 (1990) acabó con la aprobación de la resolución 687 (1991). El cese el fuego no se estableció entre Irak y los países de la coalición forjada por Estados Unidos para sacar a Irak de Kuwait; fue dispuesto por el propio Consejo de Seguridad una vez que el gobierno iraquí consintió expresamente las condiciones que el Consejo imponía. A partir de ahí era el Consejo y sólo él el órgano llamado a verificar la observancia por Irak de tales condiciones y decidir las consecuencias de un incumplimiento sustancial de éstas. Así, algunas de las acciones armadas anglo-norteamericanas en los años anteriores habían sido endosadas por el Consejo y otras no; con independencia de su incapacidad intrínseca para condenar los actos ilícitos de dos de sus miembros permanentes.

de 1993, tras una grave violación de la resolución 687 (1991) por el Irak, de que las fuerzas de la coalición habían recibido un mandato del Consejo para hacer uso de la fuerza según la resolución 678 (1990)". Partiendo de estas premisas, la misiva norteamericana afirma que "el Irak sigue incurriendo en violación grave de sus obligaciones de desarme con arreglo a la resolución 687 (1991), tal como afirmó el Consejo en la resolución 1441 (2002)". El Consejo, "actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas" recordó a Irak una vez más que "estaría expuesto a graves consecuencias de resultados de las continuas violaciones de sus obligaciones", concediéndole "una última oportunidad de cumplir(las)". La resolución "afirmaba concretamente que la violación por el Irak de las obligaciones contraídas en virtud de la resolución 1441 (2002) de presentar una declaración que a esa fecha fuese exacta, cabal y completa de todos los aspectos de sus programas de armas de destrucción en masa y de cumplir la resolución y cooperar plenamente en su aplicación constituiría una nueva violación grave".

⁵ S/2003/350, distribuido el 21 de marzo de 2003.

13. La resolución 1441 (2002) no hizo sino confirmar —y reforzar— este planteamiento. La resolución era un fuerte varapalo para Irak y respondía a un proyecto de Estados Unidos (y Reino Unido) endureciendo considerablemente la resolución 1284 (1999), que había venido a articular un nuevo régimen de inspecciones que Irak se había negado a aceptar por no combinar su calendario con el levantamiento progresivo de las sanciones impuestas en 1991.

14. Es cierto que en la resolución 1441 (2002) el Consejo considera que Irak ha incurrido y sigue incurriendo en una violación grave de sus obligaciones en materia de desarme, en particular las impuestas por la resolución 687 (1991), le concede una “última oportunidad” de cumplirlas, le advierte que, de no ser así, se expondrá a “graves consecuencias” y reconoce que el incumplimiento de sus resoluciones puede, por sí solo, ser una amenaza para la paz y seguridad internacionales.

15. Pero el mismo Consejo decide: 1) la instauración de un régimen de inspección reforzado “con el objetivo de llevar a una conclusión cabal y verificada el proceso de desarme”; 2) la comunicación al Consejo, para su evaluación, de las falsedades y omisiones de Irak en su preceptiva declaración sobre armamento, así como las injerencias en la inspección o la falta de plena cooperación en la aplicación de la resolución (que se consideran violaciones graves de la misma); 3) su reunión *inmediata*, una vez recibido el correspondiente informe, “a fin de examinar la situación y la necesidad de que se cumplan plenamente todas sus resoluciones”; y 4) el seguimiento de la cuestión.

16. Así, ni el sentido ordinario de los términos utilizados, ni la interpretación lógica y sistemática *bona fide* del texto, ni su objeto y fin en el contexto de la Carta, avalan que la resolución 1441 (2002) implicase un levantamiento de la suspensión de la autorización del recurso a la fuerza armada por los Estados miembros dispuesto por el Consejo en la resolución 687 (1991).

* * *

17. Los trabajos preparatorios de la resolución y las explicaciones de voto que siguieron a su aprobación confirman la conclusión a la que se llega aplicando la regla general de interpretación de los textos internacionales.

18. Explicando su voto a favor de la resolución 1441 (2002), el representante de Francia en el Consejo de Seguridad, Sr. Levitte, declaraba el 8 de noviembre que ese voto se había producido al haberse satisfecho el objetivo “principal y constante” de Francia de que “se estableciera y cumpliera un enfoque de dos etapas, garantizando que el Consejo de Seguridad conservara el control del proceso en cada etapa”. En el caso de que los jefes de la inspección de la UNMOVIC o de la AIEA, añadía el representante francés, “informen al Consejo de Seguridad que el Irak no ha respetado sus obligaciones, el Consejo se reuniría de inmediato para evaluar la gravedad de las violaciones y llegar a las conclusiones apropiadas”. Francia acoge con beneplácito, añade el Sr. Levitte, “el hecho de que han desapa-

recido de la resolución toda ambigüedad sobre este aspecto y todos los elementos de automaticidad”⁶.

19. En términos similares el representante de Rusia, Sr. Lavrov, refiere que “como consecuencia de negociaciones intensas, la resolución que acaba de ser aprobada no contiene ninguna disposición en lo que concierne al empleo automático de la fuerza. Es importante”, añade, “que los patrocinadores de la resolución (Estados Unidos y Reino Unido) hayan confirmado hoy oficialmente en el Consejo de Seguridad que así lo entienden y hayan garantizado que el objetivo de la resolución consiste en la aplicación de las decisiones existentes del Consejo de Seguridad relativas al Irak a través de inspecciones que llevarán a cabo la UNMOVIC y la AIEA”. El representante ruso reitera la importancia de que “en el caso de cualquier tipo de desacuerdo en cuestiones de desarme, sean los jefes de la UNMOVIC y la AIEA quienes informen eso al Consejo de Seguridad y que sea el Consejo de Seguridad el que examine la situación que se ha generado. Esa es la secuencia”, concluye, “que se expone claramente en los párrafos 4, 11 y 12 de la resolución”⁷.

20. Asimismo, para el representante chino, Sr. Zhang Yishan, “China apoya el enfoque en dos etapas”. La delegación china “ha participado activamente en todas las etapas de las consultas sobre el proyecto de resolución” y se siente complacida de que “tras muchas rondas de consultas, los patrocinadores del proyecto de resolución dieran cabida a nuestras preocupaciones”. El texto, observa el Sr. Zhang Yishan, “ya no incluye la automaticidad para autorizar el uso de la fuerza. De conformidad con la resolución que se acaba de aprobar, únicamente si la UNMOVIC y la AIEA notificaran un incumplimiento y una falta de cooperación plena por parte del Irak en la aplicación de la resolución, el Consejo de Seguridad examinaría la situación y adoptaría una decisión”⁸.

21. Francia, Rusia y China difundieron ese mismo día una declaración descartando que la resolución implicara la autorización del uso de la fuerza por los Estados miembros.

22. Siria, el único país árabe en el Consejo, explicó por boca de su representante, Sr. Mekdad, que votó a favor de la resolución porque “los patrocinadores, los Estados Unidos de América y el Reino Unido, y Francia y Rusia por medio de contactos de alto nivel, le garantizaron que no se utilizaría como pretexto para atacar al Irak y que no constituía una base para ningún ataque automático contra el Irak. No debe interpretarse, a través de ciertos párrafos”, añade el representante sirio, “que esta resolución autoriza a ningún Estado a utilizar la fuerza. (La resolución) reafirma el papel central del Consejo de Seguridad en la conducción de todas las etapas de la cuestión del Irak”. Además, concluye, “los miembros permanentes del Consejo de Seguridad le garantizaron a Siria que esta resolución

⁶ C. de S., 4644 sesión, 8 de noviembre de 2002 (Doc. S/PV.4644, p. 5).

⁷ *Ibid*, p. 9.

⁸ *Ibid*, p. 13.

fortalecía el mandato de los inspectores internacionales, que tenía el objetivo de preservar la soberanía, la integridad territorial y la inviolabilidad del Irak, y que llevaría a una solución completa de la cuestión del Irak”⁹.

23. Pero son los mismos patrocinadores de la resolución los que desmienten las interpretaciones de la resolución 1441 (2002) que más adelante han asumido para hacer de la agresión un uso lícito de la fuerza.

24. Así, el representante de los Estados Unidos, Sr. Negroponte, declaraba tras la votación que “como hemos dicho en muchas ocasiones a los miembros del Consejo, en esta resolución no hay *gatillos ocultos* ni ninguna *automatización* con respecto al uso de la fuerza. Si el Irak vuelve a cometer una violación de la que la UNMOVIC, la AIEA o un Estado miembro informen al Consejo, el asunto volverá a ser examinado en el Consejo como se exige en el párrafo 12 de la resolución”¹⁰.

25. Y el representante británico, Sr. Greenstock: “Durante las negociaciones escuchamos con toda claridad las preocupaciones respecto de la *automaticidad* y los *disparadores ocultos*, es decir, la preocupación de que en una decisión tan crucial cualquier violación iraquí debería discutirse en el Consejo. Permítaseme ser igualmente claro en la respuesta, como patrocinador con los Estados Unidos del texto que acabamos de adoptar. No hay *automaticidad* en esta resolución. Si hay otra violación iraquí de sus obligaciones de desarme, el asunto regresará al Consejo para su examen, según lo exige el párrafo 12 (de la resolución)”¹¹.

* * *

26. Estados Unidos y el Reino Unido, como la España que se les unió gozosa a partir de su incorporación al Consejo de Seguridad como miembro no permanente el 1 de enero de 2003, podían sostener que el paso lógico que debía darse después de las amonestaciones de la resolución 1441 (2002) era el uso de la fuerza armada una vez constatada la falta de colaboración de Irak con los inspectores de la UNMOVIC y de la AIEA o las falsedades y omisiones de sus declaraciones. Podían incluso reclamar de los otros miembros del Consejo que apoyaran un proyecto de resolución en este sentido. A tal efecto, cabe recordar que en su explicación de voto de la resolución 1441 (2002) el representante británico, Sr. Greenstock, manifestó que, de plantearse una nueva violación iraquí de sus obligaciones de desarme, “esperaríamos que entonces el Consejo de Seguridad cumpliera con sus responsabilidades”¹². Pero sin una nueva, una *segunda* resolución autorizando expresamente el recurso a la fuerza, la acción armada era fatalmente ilegal.

⁹ *Ibid*, p. 10.

¹⁰ *Ibid*, p. 3.

¹¹ *Ibid*, p. 5.

¹² *Ibid*, p. 5.

27. Es cierto que el mismo Sr. Greenstock, a continuación, advirtió de una eventual acción unilateral al apuntar que "si el Irak elige el desafío y el ocultamiento, rechazando la última oportunidad que (se) le ha dado..., el Reino Unido, esperamos que junto con los demás miembros del Consejo de Seguridad, se asegurará de que la tarea de desarme que requieren las resoluciones se lleve a cabo" ¹³.

28. Con ello, el representante británico acompañaba al de Estados Unidos en su más explícita advertencia de que "si el Consejo de Seguridad no actúa con decisión en caso de producirse nuevas violaciones por parte del Irak, esta resolución no impide a ningún Estado miembro actuar para defenderse contra la amenaza planteada por el Irak ni hacer cumplir las disposiciones pertinentes de las Naciones Unidas y proteger la paz y seguridad internacionales" ¹⁴.

29. Aunque esta clase de declaraciones no pueden justificar en ningún caso iniciativas ni acciones unilaterales de los Estados miembros, puede decirse que incluso ateniéndonos a su tenor sigue en manos del Consejo la calificación de los hechos y por tanto la determinación de que una violación grave se ha producido y, en consecuencia, Irak ha perdido su "última oportunidad".

30. Conscientes de ello tanto como de la imposibilidad de obtener en el Consejo la mayoría necesaria para avalar el recurso a la fuerza armada, ya decidido por la Administración Bush, Estados Unidos, Gran Bretaña y España urdieron un proyecto de resolución cuyo objeto se limitaba a constatar que el gobierno iraquí había desaprovechado la "última oportunidad" que se le había brindado. Esperaban que este proyecto sí contara con los votos requeridos y que, lograda la resolución, podrían ellos actuar, sin demasiada oposición, por su cuenta.

* * *

31. Fue política de la Administración Bush desacreditar por anticipado los frutos de una inspección sobre Irak que la resolución 1441 había justamente endurecido, presentar pruebas falsas o amañadas, manipular la información y presionar hasta extremos intolerables a los jefes de la UNMOVIC y de la AIEA y a los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad. Con modos altaneros, el comandante en jefe exigía del Consejo *determinación* para la acción, le llamaba a *asumir sus responsabilidades*, concretadas al parecer en decir amén a las propuestas *americanas*, advertía que *el tiempo se acababa*. "Llegado el caso", advirtió dos semanas antes de la agresión el secretario de Estado, Colin Powell, "Estados Unidos invadirá Irak con una coalición de naciones dispuestas, con autorización de Naciones Unidas o sin ella".

32. Irak fue acusado de contar con una infraestructura industrial y recursos humanos que podrían aplicarse a la fabricación y producción de armas biológicas,

¹³ *Ibid*, p. 5.

¹⁴ *Ibid*, pp. 3-4.

químicas o nucleares; de tratar de importar para satisfacer sedicentes objetivos civiles, productos susceptibles de uso militar; de haber conservado, oculta, una cierta cantidad de armas de destrucción masiva, así como algunos cohetes de alcance superior a los 150 kilómetros y la documentación necesaria para su desarrollo; de mantener abierta la experimentación en todos estos campos... Nada fue probado.

33. En particular, la ventaja que pudo suponer la ausencia de inspectores desde finales de 1998 para reiniciar la experimentación y producción de armas químicas y biológicas no podía ser decisiva teniendo en cuenta la postración del Estado, el embargo de sus activos, el control de su comercio, especialmente severo en relación con los productos de doble uso, la vigilancia y acoso aéreo a que estaba sometido desde 1991 por parte de Estados Unidos y su fiel escudero, Gran Bretaña... Demasiados obstáculos para ser auténticamente "peligroso", por mucho que se quisiera magnificar la capacidad del régimen iraquí para la ocultación y el engaño, con instalaciones subterráneas y móviles, y su habilidad para obtener divisas del contrabando de petróleo hasta tres mil millones de dólares (en 2001), esto es, bastante menos del uno por ciento del presupuesto de Defensa de los Estados Unidos y una cantidad similar a la subvención que del presupuesto americano recibe anualmente Israel, el país de la región con mayor volumen de armas de destrucción masiva.

34. Al comenzar 2003 Irak, mucho más débil que en 1991, no era una amenaza creíble para la paz internacional. Contra lo que se ha dicho por los corifeos de la guerra, la política de contención y disuasión había funcionado razonablemente. Irak utilizó armas químicas en 1988 en sus provincias del norte, contra los kurdos, y en su guerra con Irán, sin que sus aliados de entonces (Estados Unidos, Gran Bretaña) levantaran la voz; pero se abstuvo de hacerlo en la guerra del Golfo, en la que el eventual recurso a estas armas y a las biológicas se programó sólo como respuesta a un ataque nuclear o a un avance sobre Bagdad de las fuerzas de la coalición conducida por Estados Unidos. En la guerra actual, que ha durado apenas tres semanas, ni siquiera el afán de supervivencia del régimen dio con tales armas en el campo de batalla; ni siquiera fuera de él, frustrados hasta ahora los esfuerzos de las fuerzas invasoras de encontrar un rastro que les permita salvar la cara.

35. En el Consejo de Seguridad, las expectativas de voto de los patrocinadores del proyecto de *segunda resolución* no se concretaron más allá de Bulgaria. Su plan de atraer a la mayoría a los miembros no permanentes del Consejo —africanos y latinoamericanos— y de aislar a Francia entre los miembros permanentes fracasó. La mayoría no quiso, en definitiva, ofrecer la mínima excusa para la guerra. Interpretando *bona fide* los informes periódicos de la UNMOVIC y de la AIEA y los testimonios de sus jefes, la mayoría entendía que, aunque no fuera modélica, la cooperación de Irak con la inspección existía, que la tarea inspectora estaba produciendo resultados y que la vía adecuada para producir el desarme iraquí era mantener y, si acaso, reforzar la inspección. No compartía por lo tanto la calificación de la minoría sobre el comportamiento de Irak ni, menos aún, las consecuencias que pretendía sacar de ello. No estaba dispuesta a considerar a Irak

en su actual situación como una amenaza a la paz y seguridad internacionales ni lo estaba, en todo caso, para autorizar el uso de la fuerza armada que, como dispone la Carta, es el último recurso, una vez que han fallado todos los demás para alcanzar una solución pacífica.

36. Cuando en marzo de 2003 vieron que las cuentas no les salían, Bush y sus acólitos Blair y Aznar escenificaron su conspiración en las Azores, retiraron su proyecto de *segunda* resolución, lanzaron un ultimátum al mismísimo Consejo de Seguridad y decidieron cargar sobre el Gobierno iraquí (por su "desafío" a las resoluciones del Consejo) y sobre Francia (por su veto "irrazonable", según dijo el primer ministro británico) la responsabilidad de la agresión que se disponían a ejecutar. Al parecer la relevancia del Consejo estaba vinculada a la renuncia a su posición central en un sistema de seguridad colectiva y a su disposición para brindar cobertura —como ya había hecho en otras ocasiones— a las políticas de los Estados Unidos.

* * *

37. En el camino el bando de la guerra fue alterando, por otro lado, el objetivo formal de su plan, finalmente enunciado bajo el eslógan "*Iraqi Freedom*". Bush y sus voceros se hartaron de recordar la maldad de Sadam Hussein y su régimen, con el que Estados Unidos hizo buenos negocios en el pasado.

38. Sin embargo, "ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión", reza el art. 5.1 de la Definición de la Agresión, aneja a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

39. En todo caso, como afirmó la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 27 de junio de 1986 (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*), "si Estados Unidos puede ciertamente tener su propia apreciación sobre la situación de los derechos humanos..., el empleo de la fuerza no puede ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales derechos"¹⁵.

* * *

40. La ilegalidad y el crimen supuestos por la ejecución de este plan ha sido objeto de un sinfín de denuncias, declaraciones y manifiestos en todo el orbe conocido, algunos de ellos formulados por cualificados iusinternacionalistas, antes de que la agresión se llevara a efecto, con la recta intención de disipar cualesquiera dudas sobre el juicio que debían merecer las operaciones anunciadas¹⁶.

41. Que profesionales caracterizados por su individualismo y su tendencia natural a enmendar y corregir cualquier documento que se presente a su firma

¹⁵ *Recueil C.I.J.*, 1986, sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 268.

¹⁶ Así, en enero de 2003 un amplísimo número de iusinternacionalistas de diferentes países europeos suscribieron un llamamiento afirmando que "no existe concepción de un *nuevo orden mundial* que permita a ciertos Estados recurrir unilateralmente a la fuerza para, pretendidamente, garantizar el respeto del derecho internacional". Una de las grandes con-

hayan suscripto en elevado número estas declaraciones es revelador de la claridad de los principios jurídicos internacionales aplicables a la situación de Irak y la extrema gravedad de las consecuencias del recurso unilateral a la fuerza armada por Estados Unidos y los miembros de su coalición.

42. Aunque el número de quienes sostienen un determinado punto de vista no denota necesariamente su virtud, en el caso que nos ocupa la magnitud, contundencia, implantación geográfica y pluralidad ideológica de la condena es un índice que debe ser muy apreciado, sobre todo por el hecho de que el sistema internacional no dispone de mecanismos judiciales que permitan establecer convencionalmente la verdad jurídica y los órganos políticos multilaterales que podrían hacerlo están paralizados por las reglas de procedimiento, pragmáticos cálculos de intereses o, simplemente, miedo.

43. Tal vez por eso los portavoces de los agresores se han empeñado en un discurso *autista*, porque sus repetidores no replican —a falta de argumentos— a quienes les objetan ni son capaces a su vez de objetar a quienes sostienen la ilegalidad de la acción armada, y *zafio*, por la forma grosera en que se manipulan las

quistas del siglo XX, proseguía el documento, es precisamente la ilegalización de la guerra, en particular por la Carta de las Naciones Unidas de la que emana una serie de principios fundamentales; entre ellos, la prohibición de la amenaza y empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, la tipificación de la guerra de agresión como un crimen contra la paz, la exigencia de un previo ataque armado como *conditio sine qua non* de la legítima defensa y la atribución al Consejo de Seguridad de la responsabilidad principal en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Aplicando estos principios a la guerra que se cernía sobre Irak, los firmantes del llamamiento recordaron que si Irak no respetaba las obligaciones impuestas por el Consejo, correspondía a éste, y no a uno o más Estados actuando por su cuenta, decidir las consecuencias; en particular si dicho incumplimiento suponía una amenaza a la paz susceptible de dar paso a una intervención armada. Según los iusinternacionalistas europeos, el desencadenamiento unilateral de una guerra generalizada contra Irak constituiría “una ruptura de la paz y un crimen de agresión calificado como tal por el derecho internacional”. Ese crimen comprometería la responsabilidad, no sólo de los Estados agresores, sino también la de “los individuos que, voluntariamente y con conocimiento de causa, han participado en su perpetración”, sea cual sea la forma en que dicha participación se haya producido. En España, el *Manifiesto* de 19 de febrero de 2003, suscripto por más de trescientos profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, puede considerarse expresión autoritativa del análisis legal aplicable al supuesto. “En el caso de Irak”, afirma el *Manifiesto*, “las resoluciones del Consejo de Seguridad no han autorizado expresa ni implícitamente el empleo de la fuerza armada para hacer cumplir las obligaciones de desarme impuestas a este país. La resolución 1441 (2002) recordó a Irak que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondría a graves consecuencias; pero no entregó la apreciación de dicho incumplimiento ni, por supuesto, la determinación de las medidas consecuentes, a uno o más Estados actuando por su cuenta. Estados Unidos no puede sustituir al Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus competencias. El Consejo no ha delegado sus competencias en los Estados Unidos... De no mediar, pues, una autorización expresa del Consejo de Seguridad, los Estados que recurran a la fuerza armada en Irak infringirán las normas internacionales, en particular el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, pudiendo llegar a calificarse su acción, bajo determinadas circunstancias, como crimen de agresión” (www.aepdiri.cde.ugr, puntos 4-7).

palabras y se modifica su mensaje para crear en la ciudadanía la impresión de que la legalidad de la guerra es opinable, y afirmarla es tan plausible al menos como negarla.

44. Ejemplo paradigmático de autismo y zafiedad es el ofrecido por el *Attorney-General* del gobierno británico, lord Goldsmith, en el dictamen difundido el 17 de marzo de 2003, vísperas de la agresión. Lejos del respeto del texto y el rigor lógico que debe inspirar una interpretación jurídica, lord Goldsmith recurre a ardidjes jesuíticos para llegar a las conclusiones absolutamente arbitrarias requeridas por el menesteroso primer ministro de Su Majestad. Así, tras afirmar que el Consejo de Seguridad ha determinado en la resolución 1441 que: a) la posesión por Irak de armas de destrucción masiva constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales, y b) que Irak ha faltado a su deber de desarmarse, en clara violación de sus obligaciones legales, concluye, c) que, en consecuencia, Irak ha violado sustancialmente las condiciones de cese el fuego dispuestas por la resolución 687, “reviviendo así la autorización del uso de la fuerza aprobada por la resolución 678”.

45. A pesar de que la resolución 1441 es bastante extensa, no se encuentra en ella, ni por asomo, la consecuencia que el *Attorney-General* le atribuye por su cuenta. Pero el colmo de la manipulación se advierte cuando en los dos últimos párrafos de su informe lord Goldsmith, obligado a reconocer que el efecto *revivificador* de la resolución 1441 no es “automático”, sino que depende (párrafo 12) de la consideración que el Consejo haga del cumplimiento por Irak de las obligaciones que le han sido impuestas, sostiene con desenvoltura que eso no impide pasar a la acción sin una nueva resolución porque, de haber sido ésa la intención del Consejo, la resolución habría previsto que éste “decidiría” (*should decide*) lo que debía hacerse, y no sólo que “consideraría” (*should consider*) el asunto. Según el servicial lord, como el asunto ya ha sido “considerado” reglamentemente durante varios meses y nadie discute —Goldsmith *dicet*— que Irak no ha cumplido, se deduce que no ha aprovechado su última oportunidad y en tales circunstancias la autorización para usar la fuerza de la resolución 678 se ha reactivado.

46. Semejante forma de razonar no induce el respeto profesional ni permite mantener la presunción de buena fe en el discurso jurídico, lo que es aplicable a los franquiciados ibéricos del discurso, trátese de la Sra. ministra de Asuntos Exteriores, del portavoz del Gobierno, de los portavoces de las correspondientes comisiones de las Cámaras legislativas o de cualesquiera otros opinantes de plantilla. No son los miembros del Consejo, por conspicuos que sean, los que han de calificar las situaciones y tomar decisiones, sino el Consejo mismo. El Consejo no ha entregado a los Estados miembros la apreciación singular de: 1) la infracción —y gravedad— de las obligaciones impuestas a Irak; y 2) las medidas a adoptar, en especial el recurso a la fuerza armada. Es el Consejo el que aprecia la amenaza, interpreta sus propias resoluciones, decide las consecuencias de su incumplimiento.

47. Quienes acusaban al régimen iraquí de infringir las resoluciones del Consejo han acabado así actuando con el mayor desprecio de la Carta, usurpando funciones que no son suyas.

48. Es amarga reflexión la que produce considerar la retirada, el 17 de marzo de 2003, de los 1332 miembros de la Misión de Observación de las Naciones Unidas desplegada en la frontera entre Irak y Kuwait (UNIKOM). Situada allí para prevenir que Irak volviera a invadir el Emirato, la Misión hubo de suspender sus operaciones y evacuar a su personal "ante la acumulación masiva de fuerzas en la parte kuwaití de la frontera" que procedían a hacer aberturas en la valla electrificada, nivelar arcenes, cerrar zanjas, probar equipos de comunicaciones de frecuencia alta y ultra alta, habiéndose contabilizado el día anterior 660 violaciones del espacio aéreo ¹⁷. Desde el Emirato ahora se agredía a Irak y se pretendía legitimar la agresión invocando autorizaciones del uso de la fuerza concedidas por el Consejo de Seguridad doce años atrás para sacar precisamente a Irak del Emirato.

49. Como ya ocurrió en Kosovo y en Afganistán, Estados Unidos y sus adláteres han despreciado una vez más en Irak el monopolio de la fuerza para combatir las amenazas y el quebrantamiento de la paz y los actos de agresión que la Carta de Naciones Unidas (arts. 2.4 y 39 y ss.) atribuyó al Consejo de Seguridad. Pero en este caso, a diferencia de lo ocurrido en Kosovo (donde podía argüirse, créase o no, la vocación humanitaria) o en Afganistán (la vindicación frente al terror), los motivos (posesión de armas de destrucción masiva, vinculación con el terrorismo) se han percibido claramente como pretextos para derribar un régimen hostil y sustituirlo por otro que consienta a los Estados Unidos el despliegue adelantado de su fuerza para el control de los recursos energéticos y la intimidación de quienes en la vecindad descabalada del Próximo y del Medio Oriente se revuelven contra los dictados de Washington.

* * *

50. La credibilidad del Consejo salió reforzada ante la opinión pública por su negativa a cohonestar la política agresiva de los Estados Unidos y sus clientes. Pero la consumación de la agresión ha creado una situación vidriosa.

51. Había de descartarse, desde luego, una condena, siquiera simbólica, de los agresores por el Consejo. Léase la resolución 1472, aprobada el 28 de marzo de 2003 para hacer frente a la "fase de emergencia" del programa "Petróleo por Alimentos" originada por las "excepcionales circunstancias" que vive Irak; a lo más que llega es a requerir de "las partes concernidas" cumplir estrictamente las reglas del *ius in bello* ¹⁸. La mayoría de los miembros del Consejo consideró que

¹⁷ Informe del secretario general sobre la Misión de Observación de las Naciones Unidas para el Irak y Kuwait (S/2203/393), distribuido el 31 de marzo de 2003.

¹⁸ Las disposiciones del párrafo 4 de la resolución 1472 (2003), concerniente a la "fase de emergencia" del programa "Petróleo por Alimentos", fueron prorrogadas hasta el 3 de junio de 2003 por la resolución 1476 (2003), de 24 de abril.

ya había hecho bastante no permitiendo que Estados Unidos y sus adláteres se cubriesen con una resolución a la medida. Si alguno hubiera tenido la audacia de presentar un proyecto condenatorio, no hubiera contado con los votos suficientes y, de haberlos tenido, no habrían sido los necesarios, por el cantado veto de Estados Unidos y Gran Bretaña. Incluso en la Asamblea General no abundaron las delegaciones dispuestas a dar testimonio de fe. El mismo secretario general de las Naciones Unidas, que llamó la atención sobre la ilegitimidad de una acción armada sin autorización del Consejo, se abstuvo luego de condenar siquiera la agresión, (pre)ocupado como estaba en la búsqueda de espacios para las actividades de la Organización. Todos deseaban pasar página.

52. No obstante, no puede sostenerse sin más que ahora la bandera de la legitimidad que representa la Carta ha de rendirse a la efectividad de la ocupación anglosajona por consideraciones de simple realismo. Hasta el 22 de mayo, en que el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1483, esta afirmación era segura. En esa fecha Irak era una población sobre un territorio sin gobierno propio, bajo una ocupación ilegal extranjera. Las potencias ocupantes tenían como tales obligaciones derivadas de la situación de ocupación, pero su cumplimiento no legitimaba la situación misma e impedía reconocer como representantes de Irak a las personas designadas como tales por dichas potencias. Recordemos: "la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La agresión origina responsabilidad internacional. Ninguna adquisición territorial o ventaja de especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal" (art. 5.2 y 3 de la Definición de la Agresión aneja a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas)¹⁹.

53. En un Consejo que deseaba dar por consumados hechos en cuya valoración jurídica no podía entrar eficazmente y afirmar el papel de la Organización en la "reconstrucción" de Irak, la única forma de salir de la embarazosa situación con cierta compostura pasaba por recuperar la aplicación de las resoluciones vigentes y adoptar otras nuevas para "hacerse cargo" del país, administrándolo integralmente como se ha hecho en Kosovo, hasta que pudiesen armarse bajo su responsabilidad instituciones locales auténticamente representativas. Sólo así podría limitarse el daño ya infligido y controlar los beneficios del crimen, haciendo realidad el compromiso del Consejo con la libre determinación del pueblo de Irak, su integridad territorial y la soberanía sobre sus recursos.

¹⁹ El incumplimiento flagrante y sistemático por Estados Unidos y los países de la coalición de "naciones dispuestas" de una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional implica una violación grave de dicha obligación, si nos atenemos a los términos propuestos por la Comisión de Derecho Internacional en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por el Comité de Redacción el 26 de julio de 2001 (art. 40). Sin perjuicio de otras consecuencias, ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por dicha violación ni prestará ayuda o asistencia para mantenerla; todo lo contrario, su deber es cooperar para ponerle fin por medios lícitos (art. 41 del proyecto).

54. Siendo esto imposible con la Administración Bush en Washington, el Consejo sólo podía mantener la bandera de la legitimidad a partir de su pasividad, dejando en manos de las potencias ocupantes la gestión de su crimen, y jugando con las palancas de efectividad que permanecían en sus manos (las *sanciones* en vigor contra Irak, el programa “Petróleo por Alimentos”) para forzar una solución confiscatoria del premio de la agresión, factible tal vez cuando el tiempo hiciese más y más gravosa la ocupación de Irak a los Estados Unidos y su cuadrilla de “naciones dispuestas”.

55. La resolución 1483 (2003), lejos de responder a un planteamiento de esta clase, vuelve al camino de los precedentes nocivos, sembrados en la última década. Consecuencia de un proyecto presentado por Estados Unidos, Gran Bretaña y España, la resolución cohonesto la ocupación, asume las pretensiones de los ocupantes al entregarles el petróleo y los recursos que genera, levantar las sanciones y permitirles ejercer el papel protagónico en la reorganización política e institucional de Irak, y acepta para las Naciones Unidas las tareas, sustancialmente humanitarias, que conviene a la Administración Bush multilateralizar.

56. Consideremos la resolución más detenidamente. Lo primero que llama la atención en esta resolución es que sus patrocinadores sean los gobiernos de los países agresores. Al aceptar su iniciativa, la mayoría de los miembros del Consejo se ha colocado a sí misma en la falsa posición de negociar un texto partiendo de la asunción de las pretensiones sustanciales de los patrocinadores. El consenso ha sido tan rápido (dos semanas) como escandaloso su contenido. El Consejo, decíamos, cohonesto la agresión, sin que nadie eleve una voz siquiera en contra, reconociendo a Estados Unidos y Reino Unido, potencias (ilegalmente) ocupantes de Irak bajo un mando unificado, como la *Autoridad* administradora del territorio, aceptando que otros Estados puedan “realizar tareas... en el marco de la *Autoridad*”, a la que se *alienta* a presentar al Consejo informes periódicos sobre sus actividades, incluidas las relativas al desarme de Irak, tan celebradas otrora por el dúo anglosajón, pues el Consejo incapaz de imponer el restablecimiento de las inspecciones internacionales, apenas alcanza a anunciar su intención de volver a examinar los mandatos de la UNMOVIC y de la AIEA ²⁰.

57. El “papel fundamental” en la prestación de asistencia humanitaria, la reconstrucción del Irak y la creación de instituciones nacionales y locales representativas, enunciado por la resolución en párrafos preambulares, tiene una traducción modesta en los párrafos dispositivos, salvo en lo que a la asistencia humanitaria se refiere. Un representante especial del secretario general —que ha designado al alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Sergio Vieira de Mello— ha de tratar de coordinar las actividades de Naciones Unidas “en los procesos posteriores al conflicto en el Irak” (limpio

²⁰ La resolución no fija la periodicidad de los informes durante el año que ha de transcurrir antes de que el Consejo pase revista a su aplicación; pero las potencias ocupantes han prometido presentarlos cada tres meses.

eufemismo), "trabajando intensamente con la *Autoridad*, el pueblo de Irak y otros interesados" en la rehabilitación y establecimiento de las instituciones. Es la *Autoridad*, naturalmente, quien conduce ese proceso sin fecha ni calendario, a partir de la designación misma de una administración provisional dirigida por iraquíes, y cuenta con todos los recursos generados por el petróleo, una vez que el Consejo ha decidido levantar el embargo (salvo las prohibiciones relativas a la venta y suministro de armas), dar por terminado en el plazo de seis meses el programa "Petróleo por Alimentos", atribuir inmunidad judicial al comercio energético de Irak hasta el 31 de diciembre de 2007 (salvo responsabilidades derivadas de accidentes medioambientales) y traspasar todos los remanentes financieros a un "Fondo de Desarrollo" a cargo del Banco Central del Irak (controlado por la *Autoridad*) y auditado, se dice, por contadores públicos independientes "aprobados" por una llamada "Junta Internacional de Asesoramiento y Supervisión" entre cuyos miembros se prevé la inclusión de representantes del secretario general de las Naciones Unidas, del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional y del Fondo Árabe para el Desarrollo Social y Económico.

58. Al mismo "Fondo de Desarrollo", cuyo uso virtuoso se encarece, han de ir a parar todos los activos financieros y recursos económicos del gobierno de Irak, de Sadam Hussein, de los altos funcionarios del régimen anterior y de su familia inmediata, estén donde estén, bajo la misma garantía de inmunidad. La resolución, tan dispuesta a pasar por alto la agresión, sus consecuencias devastadoras sobre las vidas y haciendas de la población iraquí y sobre las infraestructuras y servicios del país, ya bien deteriorados por doce años de sanciones, se ocupa expresamente de instar a los Estados a que "no den refugio a los miembros del anterior régimen iraquí". La resolución alude en su preámbulo a "la necesidad de que se rindan cuentas por los crímenes y atrocidades cometidos" por este régimen; el lector apreciará que en lo tocante a los demás, la resolución se satisface instando "*a quien concierna* a cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907" (la cursiva es mía). El llamamiento *coram populo* del Consejo para hacer frente a las necesidades de Irak proporcionándole alimentos, suministros médicos y los recursos necesarios para la reconstrucción y rehabilitación de sus infraestructuras desazona a quienes consideran las causas inmediatas de esas carencias y advierten la provechosa impunidad de sus responsables. Los derechos fundamentales de los Estados partes en la Carta son conculcados con la complicidad del Consejo de Seguridad. Los agresores se transforman en mandatarios bajo las formas más blandas de control (?) que puedan imaginarse. Será realista, pero es antijurídico.

59. Con una resolución así los miembros del Consejo retoman colegiadamente la senda del descrédito. Su condición política no los faculta para hacer del Consejo un órgano arbitrario. El ejercicio de sus competencias ha de ajustarse al marco normativo de la Carta, quebrado una vez más por quienes debían ser sus garantes, que abusan de la impunidad que facilita la inexistencia de recursos

frente a sus resoluciones. La Asociación Americana de Juristas (AAJ) ha constatado en una declaración en la que invita a pronunciarse contra la resolución 1483 (2003) el restablecimiento de la solidaridad entre las grandes potencias a partir del reconocimiento del papel hegemónico de los Estados Unidos ²¹.

* * *

60. A estas alturas parece que las teorías sobre la naturaleza pacífica de los Estados democráticos, ajenos por su naturaleza a la agresión, han sido desmentidas por la Administración Bush y sus adláteres, aunque en el caso de Reino Unido y de España bien puede decirse que los gobiernos de Blair y de Aznar han tomado sus decisiones desdeñando el clamor contrario a la guerra de los ciudadanos. Más allá de la responsabilidad cualificada de los Estados por la violación grave de obligaciones impuestas por normas imperativas de derecho internacional, el crimen de agresión origina la responsabilidad criminal de los individuos a los que es imputable. El hecho de que en los momentos actuales no exista una jurisdicción internacional competente para perseguirlos y que entre las internas sólo se reconozca la competencia de los tribunales nacionales de los presuntos criminales ²² no cuestiona de ningún modo la solidez del tipo como crimen de derecho internacional y la responsabilidad individual que se deduce de su ejecución ²³.

61. Esta constatación sitúa a los representantes políticos, a quienes encarnan las instituciones y a los mismos ciudadanos ante un dilema que no se da con la misma agudeza y extensión en las sociedades organizadas de forma autoritaria. Las Cámaras que respaldan una acción del Ejecutivo que se traduce en agresión y crímenes de guerra, los tribunales que excusan el ejercicio de sus deberes de instrucción y persecución, los mismos ciudadanos que con su voto apoyan a los presuntos autores, cómplices y encubridores, son corresponsables, cada cual en su

²¹ La AAJ constata que la resolución 1483 (2003): "1) Al reconocer la ocupación extranjera *sine die* de un país independiente y la apropiación incontrolada de sus recursos fundamentales por parte de las Potencias ocupantes, viola los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas... e incluso coloca a un Estado independiente en una situación inferior a la prevista en el Capítulo XI de la Carta... para los territorios no autónomos..., 3) Restablece oficialmente en las costumbres internacionales las guerras de agresión, el colonialismo y el neocolonialismo y el despojo sistemático de los recursos de los países víctimas de dichos crímenes".

²² Véase el art. 8, inc. 2, del proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996. Asimismo, el art. 5 del *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (Roma, 17 de julio de 1998).

²³ "El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión", se afirma en el art. 16 del proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996. "El que cometa el crimen de agresión será responsable personalmente de conformidad con el artículo 16", dispone el art. 2.2 del proyecto.

medida, abriéndose así el embarazoso supuesto de la responsabilidad colectiva de los pueblos organizados democráticamente.

62. No sólo eso. Salta a la vista que las políticas de agresión adoptadas por la actual Administración de los Estados Unidos, asistida por los gobiernos de otros países, en violación manifiesta de sus obligaciones internacionales según la Carta y las normas fundamentales del derecho internacional general, e irrespeto de las competencias del Consejo de Seguridad, no se han presentado aisladas de gravísimos atentados legislativos, judiciales y ejecutivos a derechos y libertades individuales y garantías procesales básicas, consustanciales con el Estado de Derecho, el *rule of law*, lo que sugiere una erosión, que puede llegar a ser grave, del sistema democrático a manos de grupos gobernantes de orientación mesiánica, integrista y fascistoide, aupados al poder por poblaciones mentalmente socavadas por la obsesión de una seguridad alimentada por el trauma del terrorismo.

63. Así, la responsabilidad ciudadana en sociedades democráticas para desactivar políticas coercitivas sin respaldo en normas internacionales se hace más patente. Ejerciendo sus derechos y libertades para oponerse a las políticas gubernamentales los ciudadanos defienden la ley. Tal vez por eso no faltan quienes desde las posiciones más retrógradas proponen ya criminalizar a los ciudadanos *derrotistas* que se manifiestan públicamente contra la participación de su país en las guerras comprometidas por los señores.

64. Es, pues, primordial que la *sociedad civil*, particularmente en el *Primer Mundo*, sea capaz de generar movimientos y ONG's practicantes de la religión de la solidaridad universal, dispuestos a representar el interés común de la humanidad y a influir decisivamente sobre los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales. En este sentido, las manifestaciones multitudinarias contra la guerra ejecutada en Irak por Estados Unidos y su "coalición de naciones dispuestas", si bien no han impedido la agresión, han promovido la condena social del crimen, han aislado a los responsables, limitando en muchos países su capacidad de maniobra y coadyuvando decisivamente en otros, en particular los miembros no permanentes, americanos y africanos, del Consejo de Seguridad, a resistir la presión de la Administración norteamericana. Sería lamentable que, una vez hecho esto, se dejaran pasar resoluciones del Consejo que, como la 1483 (2003), son irritantemente antijurídicas, sólo porque los gobiernos que se negaron a autorizar la fuerza, se subordinan ahora a los agresores convencidos de que la opinión pública internacional no ha de combatir los hechos consumados.

LA INVASIÓN DE IRAK: CIRCUNSTANCIAS Y EFECTOS

por JOSÉ MARÍA V. OTEGUI * †

El estudio de las relaciones internacionales, particularmente el de la política internacional, dista de la ciencia. Su objeto está permeado por conductas humanas vinculadas en el mayor número imaginable de conexiones y grados de complejidad. Consecuentemente, y como ha sido demostrado una y otra vez a lo largo de la historia, su capacidad de predicción es por lo menos cuestionable y en todo caso limitada a un ejercicio conjetural.

Sirva el primer párrafo como advertencia al lector, pues este artículo es un intento interpretativo de las razones que determinaron la invasión de Irak en 2003 y de las consecuencias de esa acción para la vida internacional desde el realismo político; como tal, es especulativo, opinable y alejado de la rigurosidad del derecho internacional.

Desde que el Estado-Nación fue asumido en el siglo XVII como unidad central del relacionamiento a través de las fronteras, la distribución del poder en el ecúmene eurocéntrico primero y globalmente después se caracterizó por una dinámica de alianzas y coaliciones tendientes a contrapesar la fortaleza de las naciones que iban emergiendo como predominantes dentro de un conjunto de actores relevantes múltiples. Este sistema de equilibrio del poder ha tenido dos etapas singulares: la bipolaridad aproximadamente pareja entre Estados Unidos y la Unión Soviética de 1949 a 1989, y la unipolaridad que implica desde entonces la hegemonía global que en varias dimensiones del poder detenta Washington.

I. LOS COMPONENTES TANGIBLES DEL PODER ESTADOUNIDENSE

El elemento principal que sustenta la hegemonía política de los EE.UU. es su capacidad militar, asentada en un presupuesto anual que alcanza casi la mitad del gasto militar mundial y, más significativo aún, dobla con creces la suma de los gastos militares de las cuatro potencias siguientes (Japón, Reino Unido, Francia

Profesor de Política Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires y diplomático de carrera; sus opiniones en este artículo no necesariamente coinciden con las del Gobierno argentino.

y China). En la práctica esto implica que difícilmente coalición o alianza alguna podría oponerse por la fuerza y con éxito a las acciones de Washington, ni siquiera sumando el arsenal nuclear ruso.

El cimiento económico de esta capacidad son 288 millones de personas trabajando en un espacio continental que producen, entre otros resultados, el mayor producto bruto interno (el de Europa en conjunto es similar y el de Japón es menos de la mitad mientras se pronostica que China igualará al de EE.UU. dentro de las próximas cinco décadas), una notable aptitud de innovación y asimilación científico-tecnológica, el predominio sobre los flujos financieros y los organismos financieros internacionales, así como una participación en las inversiones directas y el comercio mundial que crea una red de intereses lo suficientemente importante y extendida como para que pocos países puedan —o quieran— sustraerse a su incidencia.

El conjunto de estos componentes, lo que en doctrina se denomina el “*hard power*”, alcanza para explicar la primacía estadounidense; sin embargo, su poder real está también integrado por características menos palpables pero igualmente importantes y menos internacionalmente controvertidas a la hora de su aplicación, el “*soft power*”.

II. LOS ELEMENTOS INTANGIBLES DE LA PREPONDERANCIA ESTADOUNIDENSE

La capacidad de atracción externa de una cultura, de una civilización, está compuesta por una miríada de rasgos cuya relevancia es difícilmente cuantificable porque operan a la manera de un caleidoscopio dinámico sobre otras naciones y sus gentes, pero su influencia sobre las conductas individuales y las decisiones políticas estatales es insoslayable. Más aún, la historia nos muestra que los imperios y las potencias hegemónicas que lograron una mayor y más estable permanencia temporal en ese rango fueron los que tuvieron tal capacidad y la utilizaron como alternativa al uso de la fuerza cuandoquiera fuera viable. Los imperios romano e inglés, la Comunidad Británica de Naciones luego, son ejemplos adecuados de este enfoque en contraste con el imperio español —particularmente en su dimensión europea— o con el khanato mongol.

Las características notables de la atracción e influencia que tradicionalmente ha ejercido Estados Unidos desde el siglo XIX están relacionadas con el vigor interno de su estado de derecho, con la libertad y con la democracia, con la calidad de su diplomacia, es decir con la admiración suscitada por la eficacia y prestigio de sus instituciones. La desconfianza y el temor generados por las políticas exteriores intervencionistas y expansivas —particularmente a partir de la presidencia de Theodore Roosevelt— tuvieron contrapeso durante el siglo XX en su liderazgo anticolonial y antiautoritario, así como en la lucha por los derechos humanos y contra la discriminación racial que libró internamente.

Más recientemente, la capacidad de atracción estadounidense se ha vinculado además con tres componentes: la calidad y relativa accesibilidad de su educación universitaria, el potencial de su economía para emplear inmigrantes extranjeros y lo que podríamos denominar sus "productos culturales". En efecto, ningún otro país recibe más solicitudes de estudiantes y estudiosos extranjeros para incorporarse a sus casas de estudios superiores y centros de investigación, mientras continúa siendo la meca de las aspiraciones de trabajo de legiones de personas de todas las latitudes que —ocupados o desocupados, legal o ilegalmente— pujan por incorporarse al "*American way of life*".

La cultura estadounidense genera productos popularmente valiosos cuya difusión mundial, ayudada por una eficiente comercialización y por la estructura diplomática estatal, agrega capital e influencia a la primera potencia. Sus estilos de ropa y alimentación son moda casi permanente en la juventud de muchos países, tanto ricos como pobres; su cine y su música popular tienen una presencia global aun mayor, dominando los mercados nacionales más diversos aunque estimulando en varios un saludable renacimiento de las producciones locales. Esta formidable matriz de expansión se canaliza y complementa con la primacía estadounidense en las fuentes y medios de información internacional y con su introducción masiva de contenidos en la red de Internet.

El proceso de globalización actual suma relevancia a los componentes intangibles del poder ya que sus alcances cubren con inmediatez casi todos los rincones del mundo. No obstante, así como pueden constituir un recurso invaluable para quienes los poseen son también lo suficientemente inestables como para deteriorarse, en tanto fuente de influencia, cuando la nación que los genera desarrolla una política exterior que privilegia el uso de la fuerza, soslaya las normas de conducta internacionalmente aceptadas y no refleja los valores morales aplicados internamente. Cuando esto sucede, se perjudican la credibilidad y la confianza necesarias para actuar eficazmente en la vida internacional.

El mantenimiento prolongado de este último tipo de conductas genera pérdida de poder intangible que, tarde o temprano, alcanza también al relacionamiento político y económico internacional socavando los intereses nacionales del país que las adopte. La atracción del "*soft power*" puede convertirse en repulsa.

III. EL EJERCICIO DEL PODER

El problema central y permanente de toda potencia hegemónica, de todo imperio a lo largo de la historia, radica en cómo mantener esa posición durante el mayor tiempo posible y con la estabilidad suficiente como para disfrutar sus beneficios.

Estados Unidos no escapa hoy a las disyuntivas que su preponderancia conlleva. Al evitar el aislacionismo que ha formado parte de su trayectoria, la aceleración de los tiempos le urge a decidir la manera en que retarda y configura

el proceso de transición de las próximas décadas entre una estructura del poder mundial aproximadamente unipolar hacia una multipolaridad que contemple sus intereses nacionales en la mayor medida posible. Esto implica un conjunto de decisiones sobre la aplicación de su actual vigor en forma tal que:

a) Los costos y rendimientos de sus acciones exteriores sean evaluados positivamente, en términos tanto económicos como políticos, por la opinión pública y el Congreso estadounidenses; por su parte, las consideraciones de conveniencia son crecientemente afectadas por los resultados humanitarios y el apego a la ética prevaleciente. En palabras recientes del presidente del *Council on Foreign Relations* de Nueva York: "Las cuestiones morales son ahora parte de la política estadounidense y de la de muchas otras naciones. Aun en esta nueva época raramente son las fuerzas impulsoras de la política exterior, pero son una fuerza constante que no puede soslayarse sin perjudicar la eficacia de la política exterior y el apoyo político interno... sí, la moralidad del poderoso generalmente prevalecerá sobre la del débil y las consideraciones de valor casi inevitablemente tendrán un papel secundario. Pero antes no tenían papel alguno. Un papel secundario significa que los líderes ahora deben ser conscientes de lo que implica ignorar o abusar de lo que es visto cada vez más como valores universales"¹.

b) Evite la formación de coaliciones adversarias importantes, tanto globalmente como en las regiones. En este sentido, su situación no difiere demasiado de la de Gran Bretaña respecto de la Europa continental en los siglos XVIII y XIX, de la China actual en su región o de Alemania; como dice Joffe desde Harvard y el semanario alemán *Die Zeit*: "La Alemania de 1871 era más poderosa que cualquier otro país, pero sin embargo amenazada por los resentimientos de todos... En 1877, Bismarck decretó una regla de hierro para la política exterior alemana: propender a una situación política en que todas las potencias nos necesiten pero que las aparte tanto como sea posible de formar coaliciones contra nosotros... Estados Unidos es la Alemania de Bismarck en escala global. La Administración Bush debería agregar un poco de Franklin Roosevelt, Truman y Eisenhower a la fórmula bismarckiana. Estos presidentes sirvieron a los intereses estadounidenses ocupándose de los intereses de otros. Sobre todo, construyeron instituciones internacionales —las Naciones Unidas, la OTAN, el Banco Mundial, el FMI— que integraron el bienestar estadounidense con el del resto del mundo. Hoy, sin embargo, EE.UU. es más proclive a rasgar que a remendar la trama internacional"².

c) En estrecha vinculación con los dos puntos anteriores, Washington necesita para su política global establecer relaciones de lo que podríamos llamar cooperación hegemónica con China, Rusia y la India, así como con los países europeos relevantes, mediante asociaciones que den cabida a los intereses básicos de estas

¹ GELB, Leslie, "The Rise of Ethics in Foreign Policy", *Foreign Affairs*, mayo/junio 2003.

² JOFFE, Josee, "Bismarck's Lessons for Bush", *The New York Times*, 29 de mayo de 2002.

potencias. La conveniencia de tal actitud, que ya se está instrumentando, reside en que aunque Estados Unidos continuará siendo en el mediano plazo el actor indispensable en la mayoría de los temas —palabras de la ex secretaria de Estado Madeleine Albright— no cuenta con el poder suficiente para actuar unilateralmente en muchos de ellos y requiere la colaboración o la aquiescencia de esas potencias, particularmente cuando los asuntos en juego caen bajo sus esferas de influencia.

d) Priorizar desde la visión de sus intereses el proceso de toma de decisiones que indique cuándo actuar y cuándo soslayar su participación directa en cada crisis, problema o guerra que se da en la vida internacional. En un notable artículo del *Financial Times*, Philip Stephens dice: “El problema de los imperios es que tienen demasiadas fronteras. Derrote a los visigodos y vándalos y enseguida llegan las hordas hunas. Contenga a los celtas y combata a los anglos y los sajones. Los bárbaros están permanentemente a las puertas... Hay numerosos temas —desde la cosecha de opio en Afganistán hasta la salud de los bancos en la Argentina— en que los estrechos intereses nacionales no pueden ser separados de los intereses de la comunidad internacional”³. La simultaneidad de problemas en juego para Estados Unidos en Irak, Corea del Norte y Palestina durante el primer semestre de 2003 ilustra las dificultades de estas disyuntivas cuando la atención gubernamental no puede concentrar los esfuerzos diplomáticos, económicos y militares al mismo tiempo con probabilidad de éxito.

IV. LAS RAZONES PARA ACTUAR SOBRE IRAK

Los especialistas en política internacional y en la industria del petróleo han especulado abundantemente sobre las razones que llevaron a Estados Unidos y al Reino Unido a desencadenar la invasión y ocupación de Irak, así como sobre el momento y la manera en que las llevaron a cabo, sin que haya emergido un nivel de consenso que nos facilite una interpretación satisfactoria. A su vez, tanto Washington como Londres invocaron motivos aproximadamente similares y trataron de fundarlos en una combinación de razones morales y datos de inteligencia:

a) La deposición del Gobierno encabezado por Saddam Hussein, el “cambio de régimen”, fue esporádicamente invocado por EE.UU. basándose en las virtudes de una eventual democracia iraquí en beneficio de su pueblo. La remoción de la “amenaza inminente” para la paz y la seguridad internacionales que implicaban los supuestos sistemas de armas de destrucción masiva (nucleares, químicas, biológicas o bacteriológicas) en poder de Irak fue el argumento oficial más utilizado tanto por Washington como por Londres, junto a la alegada vinculación con la red terrorista Al Qaeda y el incumplimiento iraquí de resoluciones del Consejo

³ STEPHENS, Philip, “Vulnerability of a Superpower”, *Financial Times*, 18 de junio de 2002.

de Seguridad. Se intentó así legitimar el recurso a la fuerza basándolo en la "intervención preventiva", doctrina oficialmente sancionada por la Administración Bush como una interpretación extensiva del derecho de legítima defensa consagrado por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Tiempo antes de la guerra, en octubre de 2002, el presidente de los EE.UU. recibió de la Conferencia Episcopal católica una carta pública que expresaba "serias reservas sobre la legitimidad moral de todo uso de la fuerza militar preventiva y unilateral", agregando que es "difícil extender la guerra contra el terrorismo a Irak en ausencia de pruebas claras sobre una implicación iraquí en los atentados del 11 de septiembre o de un atentado grave inminente"⁴. Las evidencias recogidas tanto por los inspectores de las Naciones Unidas como por las potencias ocupantes hasta junio de 2003 indican que los obispos estaban más cerca de la verdad que los políticos.

b) El control del petróleo iraquí se convirtió en el motivo presumido como real por los adversarios de EE.UU., por buena parte de la opinión pública mundial y hasta, discretamente, por muchos de los gobiernos amigos y aliados de las dos potencias. Con la segunda reserva del mundo, sin la participación de las empresas petroleras estadounidenses y con una capacidad de exportación que puede incidir significativamente en el mercado mundial y por lo tanto en los costos de toda la economía occidental, el Irak de Saddam Hussein era un proveedor demasiado importante y demasiado riesgoso, particularmente en momentos en que desde la óptica estadounidense la confiabilidad de Venezuela disminuía y la inestabilidad del Medio Oriente podía afectar a otras fuentes de abastecimiento. Pero creemos que ésta no ha sido la única ni la más importante de las razones para la invasión.

c) Es moneda corriente entre los analistas de los procesos de gobierno de Washington describir la formulación de su actual política exterior como fuertemente influenciada por un grupo de aproximadamente veinte personas, los "neoconservadores", a quienes el presidente escucha pero creemos que con alguna frecuencia desoye. Aunque su ascendencia ha sido exagerada, es cierto que varios de ellos han alcanzado cargos relevantes en la Administración Bush y voz creciente desde los ataques terroristas del 11 de septiembre; su padrinazgo de la doctrina de la intervención preventiva y su tendencia a recurrir a la amenaza y al uso de la fuerza militar les ha valido críticas severas dentro y fuera de los Estados Unidos. Los rasgos principales de su ideología son conocidos, apuntan al mantenimiento de la supremacía de su país en una estructura unipolar global que permita soslayar los mecanismos de consulta y cooperación con los aliados así como las instituciones internacionales, incluyendo al derecho internacional. Pero los especialistas frecuentemente olvidan que varias de esas personas tienen una formación intensa en estrategia y geopolítica. Consecuentemente, actúan en el marco de una predilección por el "gran diseño global" para la política exterior, abarcando largos plazos, descartando tanto las incertidumbres de la ignorancia

⁴ OTEGUI, José María V., "El poder de la credibilidad", *La Nación*, 24 de octubre de 2002.

como los riesgos conjeturales de los pronósticos sobre conductas internacionales y, en suma, apartando a la política de la realidad.

d) La corriente de opinión que los neoconservadores representan no es nueva y ha tenido presencia operativa en varios momentos de la historia estadounidense. Vale recordar que hace unos años, y antes de que estas personas comenzaran a actuar en equipo, el ex titular del Consejo de Seguridad Nacional Zbigniew Brzezinski opinaba que: "La manera en que Estados Unidos manipule y acomode a los principales actores geoestratégicos del escenario eurasiático y la forma en que maneje los pivotes geopolíticos clave de Eurasia serán críticos para la longevidad y estabilidad de la primacía global estadounidense... La escala y diversidad de Eurasia, así como el poder potencial de algunos de sus Estados, limitan la profundidad de la influencia estadounidense y el grado de control sobre el curso de los acontecimientos. Estos condicionamientos asignan una importancia de primera magnitud a la visión geoestratégica y al despliegue deliberadamente selectivo de los recursos estadounidenses en el enorme escenario eurasiático"⁵.

Creemos que la invasión de Irak es parte integral de una visión geopolítica semejante en una medida mayor que las demás razones y motivos señalados. Corazón del Medio Oriente, proveedor de petróleo, enemigo de Israel, nexo territorial ahora interrumpido entre Siria e Irán, fama de régimen atroz, fuerzas armadas débiles, la ocupación de Irak se corresponde plenamente con el interés de expandir la presencia estadounidense sobre el centro de Asia que, sumada al control de Afganistán y al rosario de bases militares ya establecidas en varias ex repúblicas soviéticas, anticipa y previene las situaciones que pudieran darse en caso de eventuales cambios profundos del régimen ruso o de una política expansionista de China como preanunciada superpotencia de mediados del siglo XXI. Desde esta perspectiva, resulta razonable interpretar que —por ahora— el pensamiento dominante en Washington juzga que el futuro de su poder no se juega en el Sudeste asiático, África o Sudamérica sino en la vasta masa continental entre la Bretaña y Vladivostok.

V. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL MEDIO ORIENTE

Las acciones de la coalición que hoy ocupa Irak encuentran al Medio Oriente, y especialmente a los países árabes, en una situación sociopolítica de tensión permanente. Es usual en esa región que se aconseje a los diplomáticos y analistas extranjeros desconfiar de las realidades obvias, suscitándose con frecuencia la imagen de la danza de los velos ya que al profundizar el conocimiento de una verdad, a menudo contradictoria con la anterior, una nueva la suplanta y así sucesivamente en una secuencia que a veces se antoja interminable. Al mismo tiempo, las generalizaciones asertivas sobre el "mundo árabe" o "el mundo islámico" son

⁵ BRZEZINSKI, Zbigniew, *The Grand Chessboard*, Basic Books, New York, 1997.

de utilidad instrumental para el análisis pero de eficacia operativa limitada por las diferencias importantes entre país y país en muchos aspectos. El hecho de que sus experiencias como Estados independientes sean de origen reciente agrega complejidad tanto al estudio de su diversa realidad como a la formulación de política exterior hacia estos países.

Entre los siglos XVII y XX el Islam ha vivido una historia de declinación política, económica y social que —simultáneamente y relacionada con el crecimiento de las potencias europeas— culmina con la disolución y partición del Imperio Otomano. La frustración por esa acentuada decadencia ha extendido la creencia de que el subdesarrollo tiene por causa principal al colonialismo europeo y la intrusión extranjera, verdad a medias pero verdad enteramente creída por vastos sectores de sus pueblos, alimentando un resentimiento que constituye un hecho político vigente y operativo. Las circunstancias que podrían contribuir a explicar la situación actual de la nación islámica son las siguientes:

a) Su expansión militar, demográfica y cultural durante diez siglos, hasta el comienzo de su desintegración, creó una civilización de avanzada con el aporte de las culturas greco-mediterránea y persa que abarcó desde Granada a Jakarta y desde Kazajistán a Zanzíbar; el desarrollo de las artes y las ciencias, así como su capacidad de convivencia con otros pueblos, no tenían parangón en la Europa de la época y solamente extendiendo la mirada hasta China podíamos encontrar entonces algo análogo. La reminiscencia de aquella grandeza entre grupos educados importantes de los 1.300 millones de musulmanes actuales juega un papel político considerable como factor de unión transnacional, en una suerte de "nostalgia del Califato". Desde antes del comienzo de su declinación, y especialmente en su etapa final, se repitieron las que son vistas como incursiones e intrusiones, particularmente europeas: las Cruzadas, la competencia ruso-británica en Asia central, la expansión colonial, la ocupación soviética de Afganistán y el establecimiento de Israel en el siglo XX, las guerras estadounidenses contra Kabul y Bagdad, ya en nuestros días, son algunos ejemplos.

b) El crecimiento demográfico sostenido en un contexto de desarrollo limitado estimuló en décadas recientes un proceso de migración hacia las ciudades que resultó en una fuerte urbanización con crecimiento del desempleo. Esta situación naturalmente varía de país a país, pero tiene en común un alto porcentaje de juventud desocupada y un masivo desaprovechamiento de la creatividad que implican las capacidades de trabajo y estudio de las mujeres. Simultáneamente, los niveles de educación han mejorado en buena parte de los países, con consecuencias significativas; en palabras de Gilles Kepel, profesor del Instituto de Estudios Políticos de París: "A diferencia de sus padres que vivieron el trauma del éxodo rural, los jóvenes musulmanes urbanos de la década del 90 no conocen otra cosa que la vida de ciudad. Compartieron la misma cultura escrita de sus padres pero con una diferencia importante: sus padres pertenecieron a la primera generación a la que se enseñó a leer y escribir masivamente y fueron por tanto separados de

sus propios progenitores rurales y analfabetos por una brecha cultural que podía ser explotada por la ideología islamista radicalizada”⁶.

c) La globalización de la información ha intensificado la percepción del contraste entre el mundo próspero y la realidad de los países islámicos; en el Medio Oriente se suma la creación de redes televisivas regionales que permiten balancear el oligopolio informativo occidental y difundir mensajes políticos específicos (Al Jazeera en Emiratos Árabes Unidos, Al Arabya de Saudiarabia y Abu Dhabi TV). La combinación de mayor educación con la recepción de medios informativos diversos ha influenciado en algunos países la generalmente presumida renuencia árabe para asimilar e innovar tecnología, característica frecuentemente resaltada para explicar la declinación de los últimos siglos.

d) El establecimiento de los Estados independientes poscoloniales en el siglo XX dio lugar, hasta la década del 70, al predominio de las lealtades nacionales y étnicas que opacaron el sustrato religioso musulmán. Desde entonces —y tal vez catalizado por el poder adquirido en la crisis del petróleo de esos años— se ha producido un extendido renacimiento de la cultura compartida denominado “fundamentalismo islámico”. En palabras del profesor Ira Lapidus, de la Universidad de California en Berkeley: “El término tiene alguna validez desde que nombra a algunos movimientos que realmente buscan retornar al Corán y a las enseñanzas del Profeta pero en la práctica designa a una gran variedad de grupos: algunos intolerantes y excluyentes, otros pluralistas; algunos favorables a la ciencia, otros anticientíficos; algunos primordialmente religiosos, otros prioritariamente políticos; algunos democráticos, otros autoritarios; algunos pacíficos, otros violentos”⁷. La complejidad que la cita describe es indicadora de las tensiones que se entrecruzan en el mundo islámico: la ansiedad del secularismo modernizante y el freno de la religiosidad conservadora, el predominio de gobiernos autoritarios y los impulsos hacia la democratización, la xenofobia y la nostalgia del Califato, provocan —entre otras consecuencias— la búsqueda de responsables y enemigos. Sus subproductos, los terrorismos locales y el internacional, no tienen causas unívocas. En opinión del semanario *The Economist*: “En algunos casos (Palestina, Cachemira, Chechenya) el terrorismo deriva de una lucha musulmana contra la dominación no musulmana. Frecuentemente (Arabia Saudita, Egipto, Argelia) surge del deseo de musulmanes para derrocar a sus propios gobiernos, considerados corruptos, represivos o insuficientemente devotos. Y algunas veces (Al Qaeda) la lucha local se mezcla con la idea de que el Islam está embarcado en una guerra perpetua contra los infieles”⁸.

⁶ KEPEL, Gilles, *Jihad. The Trail of Political Islam*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.

⁷ LAPIDUS, Ira M., *A History of Islamic Societies*, Cambridge University Press, 2nd edition, 2002.

⁸ Editorial de *The Economist*, “America and the Middle East”, Londres, 17 de mayo de 2003.

Los componentes de la circunstancia musulmana varían en intensidad de acuerdo con el país que se examine y con la región y problemas específicos de que se trate. No obstante, hay un rasgo generalizado que deriva de valores sociales arraigados y en alguna medida de la globalización informativa: tanto entre los grupos seculares como en los religiosos, entre los modernizadores como los conservadores, existe rechazo a ciertos estilos de vida de Europa y los EE.UU., particularmente en cuanto a la creciente desintegración de la familia tradicional como unidad de convivencia y a la contaminación cultural que la influencia del "soft power" estadounidense puede ejercer. En la descripción del profesor Lapidus: "En términos culturales el renacimiento islámico es un contraataque opuesto a valores europeos y estadounidenses como el individualismo, el consumismo materialista, la independencia femenina, la libertad sexual, el relativismo moral y religioso, y la cultura pop. Estos movimientos están motivados por el miedo a que las influencias occidentales socaven la autoridad de padres, maestros religiosos y gobernantes, y subviertan las creencias islámicas y las culturas musulmanas"⁹.

VI. EL IMPACTO DE LAS ACCIONES ESTADOUNIDENSES

Las acciones de la coalición que encabeza EE.UU. han alterado profundamente la situación en la región y la percepción que los terceros Estados tienen sobre los fines de la política exterior de Washington; ya hemos conjeturado en este artículo sobre sus objetivos mientras aquí especularemos preliminarmente sobre el impacto que sus acciones han tenido hasta ahora, aceptando lo prematuro de analizar un proceso que dista de haber concluido. Más allá de las fronteras estadounidenses, estos efectos podrían agruparse como sigue:

a) La decisión de la Administración Bush de soslayar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas cuando, especialmente por boca de Francia, entendió que su objetivo de invadir Irak no contaría con la cobertura institucional que perseguía fue algo sobredimensionada por los medios y por diversos autores. En realidad, avanzar por fuera del Consejo tiene varios precedentes que no han resultado en la destrucción de las Naciones Unidas y el estancamiento finalmente producido no ha sido infrecuente en su historia, lo que en manera alguna implica que aquella conducta fuera legal o deseable. El fracaso que implica el debate sobre Irak es más probablemente debido a un pobre trabajo diplomático previo y a la fuerte preferencia por la opción militar prevaleciente en Washington que a las carencias de la organización internacional. *The Economist* ha opinado que: "El discurso del presidente Bush ante las Naciones Unidas del 12 de septiembre, y la diplomacia que culminó en la resolución 1441, representaron un intento serio de canalizar los objetivos estadounidenses a través del Consejo de Seguridad... pero Estados Unidos dio marchas y contramarchas respecto de una segunda resolución... Todo

⁹ LAPIDUS, Ira M., *op. cit.* en nota 7.

esto no significa que tomar el camino de la ONU fuera un fracaso total. La resolución 1441 está vigente. Bush y Blair trataron con algún éxito de lograr el respaldo internacional por fuera del Consejo de Seguridad y la posición de EE.UU. es más fuerte de lo que hubiera sido si... hubiera ignorado a las Naciones Unidas”¹⁰.

b) Los caminos que eligió Estados Unidos para alcanzar sus metas han creado una percepción generalizada alrededor del mundo que los caracteriza como una postura imperial más cercana a un enfoque hobbesiano para aumentar su poder que a una campaña wilsoniana para extender la democracia y la libertad. Las severas críticas suscitadas, particularmente en la opinión pública, resultaron en el apoyo activo de dos decenas de países sobre un total de casi doscientos Estados. Esto ha sido especialmente así respecto del rechazo de la doctrina de la intervención preventiva, como la caracterizada *supra* en IV, c). Su aplicación expuso diáfamanamente las divergencias entre la Administración Bush, por un lado, y Francia, Alemania, Rusia y China, por el otro, sobre cómo debe ser la distribución del poder en escala global y sobre cómo debe concertarse el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales durante las próximas décadas; en síntesis, sobre la posibilidad de una transición razonablemente consensuada entre la unipolaridad y la multipolaridad durante el siglo XXI. Una de las maneras de armonizar esas discrepancias, en palabras de Henry Kissinger: “No hay duda de que las tácticas abruptas del presidente francés han tensado severamente las relaciones de la posguerra entre los aliados... La naturaleza de las alianzas, el carácter de la estrategia y los pesos relativos de Europa y de los Estados Unidos han sufrido cambios fundamentales. No importa quién gobierne en París o en Washington; hace falta una nueva concepción de las relaciones aliadas que asuma francamente el hecho de que no es necesariamente la ignorancia sino las perspectivas nacionales diferentes las que producen diferentes visiones estratégicas, una concepción que examine los alcances y los límites de las consultas. Si esto fuera hecho con un nuevo espíritu en ambas costas del Atlántico, la hegemonía de los Estados Unidos podría ser reemplazada por una relación más vital”¹¹. La sensatez de esta opinión sorprende no tanto por quien la emite sino porque Kissinger la publicó en julio de 1964; la analogía con la situación actual —para la que el ex secretario de Estado recomienda hoy caminos similares— muestra también un proceso de cambio gradual y prolongado en la estructura del poder internacional.

c) Las acciones de Washington y Londres tuvieron también efectos negativos importantes sobre la cohesión de la Unión Europea y sobre la unidad de la OTAN. Si bien es cierto que la primera no tiene —y dista de tener— políticas exterior y de defensa comunes, también lo es que no existe precedente alguno de

¹⁰ “The Snags of Multilateralism” en *The Economist* del 20 de mayo de 2003; ver también artículo del autor citado en 4) y otro publicado en *La Nación* el 19 de mayo de 2003 bajo el título “Naciones más Unidas”.

¹¹ KISSINGER, Henry, “Coalition diplomacy in a nuclear age”, *Foreign Affairs*, vol. 42-4, julio de 1964.

la campaña hacia terceros países desplegada por París y Berlín contra la postura de Washington, particularmente en cuestiones que conciernen a la paz y la guerra. Aunque los rencores y antipatías generados por esa situación están en vías de subsanarse, esta experiencia alerta —también a Moscú y Beijing— sobre un cambio profundo en las reglas de juego si EE.UU. mantuviera prolongadamente la aplicabilidad de la intervención preventiva en los casos cuya pertinencia juzgue en soledad. Nuevamente aquí Kissinger opina que: “Una continuación de estas tendencias supondría la progresiva erosión de la Alianza Atlántica... El tiempo que siguió a los ataques terroristas del 11 de septiembre fue testigo de resentimientos que estaban latentes bajo la bandera del unilateralismo versus multilateralismo. La solidaridad inicial basada en un Estados Unidos como víctima se debilitó cuando Washington echó un manto militar sobre el tema al declarar la guerra contra el terrorismo. Y desapareció con la creación de una estrategia de la prevención... El predominio militar norteamericano es un hecho en las relaciones internacionales dentro de un futuro previsible. La política de los aliados no puede modificar esa realidad. Pero los Estados Unidos pueden intentar traducir su predominio en el fomento sistemático del consenso internacional”¹².

d) En el Medio Oriente, y en general en el mundo islámico, la opinión sobre la política de la Administración Bush ha descendido a niveles aún más negativos que los ya descritos en este artículo. Es aquí adecuado citar al secretario de Estado Collin Powell cuando recientemente dijo ante el Senado de los EE.UU.: “La brecha entre quiénes somos, cómo queremos que nos vean y cómo somos vistos es tremendamente grande”¹³. La alteración del escenario geopolítico de la zona causada por la ocupación de Irak ha producido otros ganadores y perdedores: al resentimiento árabe fundado en la falta de poder para contrarrestarla se suma con crudeza ante sus ojos el empleo desinhibido del poder militar; durante los días de la invasión se repetía un viejo dicho musulmán: “Le hablo fuerte a mi nuera para que mi vecino pueda oírme”. Las acciones estadounidenses han dejado lecciones fuertes y operativas, particularmente para Siria e Irán, quienes ahora demuestran mayor flexibilidad ante los pedidos de Washington, respecto del control sobre el Hezbollah en el caso de Damasco y sobre la transparencia de su programa nuclear en el de Teherán. No es casualidad que ambos temas hayan sido por mucho tiempo objetivos estratégicos de alta prioridad para Israel, el principal beneficiario regional de la nueva situación. Por otra parte, la ocupación de Irak —y su probable prolongación mediante el establecimiento de bases militares estadounidenses permanentes— agrega argumentos a los grupos terroristas que, como Al Qaeda, intentan justificar su violencia en el apoyo de Washington a los regímenes autoritarios locales, en el respaldo a la conducta de Israel en Palestina y en el despliegue creciente de las fuerzas militares estadounidenses.

¹² KISSINGER, Henry, “EE.UU. no estará solo en Irak”, *Clarín*, 11 de abril de 2003.

¹³ Citado por *La Nación* del 18 de junio de 2003 en nota “Un eje alejado de los desvelos de Powell”.

VII. CONJETURA SOBRE LOS EFECTOS EN EL PODER DE ESTADOS UNIDOS

Los efectos sobre sus intereses nacionales —sobre su poder— de la nueva estrategia estadounidense para Eurasia continuarán inciertos y conjeturales hasta tanto las consecuencias de la ocupación de Irak adquieran la estabilidad que sólo el paso del tiempo otorga. Derivar conclusiones cuando todavía se juega la perdurabilidad de la situación sería imprudente. No obstante, pueden anotarse algunos efectos preliminares, sea porque ya se han producido con nitidez, sea porque tienen suficientes visos de permanencia:

a) EE.UU. se ha convertido en la potencia predominante del Asia, dándose por primera vez en la historia que una nación no eurasiática logra tal calidad. Su control sobre Afganistán e Irak es respaldado por el emplazamiento de bases militares en Arabia Saudita (ahora con reducción de efectivos) en Uzbekistán, Turkmenistán, Kirgistán y Tayikistán, así como en los Emiratos del Golfo. Su alianza con Israel y Turquía es sólida mientras mantiene vínculos operativos fluidos con varios países árabes, incluyendo los de régimen autoritario. Desde la perspectiva del gran diseño estratégico que describimos en IV, c) y d), su política constituye hasta ahora un éxito que aumenta significativamente su poder global.

b) Los objetivos de EE.UU. mencionados en IV, a) y b) han sido también logrados plenamente. Se ha producido el derrocamiento del régimen de Saddam Hussein, la producción del petróleo iraquí está casi intacta —con todo lo que implica para el mercado mundial y sus precios— mientras las fuerzas de Washington y Londres intentan, no sin muertes y penurias en ambos bandos, completar el proceso de control territorial y político. La nueva situación del abastecimiento petrolero beneficia el poder de EE.UU. y sus aliados.

c) Hasta ahora, las fuerzas ocupantes no han podido probar las razones alegadas por sus gobiernos para la invasión, es decir los arsenales de armas de destrucción masiva, la amenaza de un ataque iraquí inminente, la asociación del régimen con Al Qaeda. Esto ha determinado severos cuestionamientos a la credibilidad de la Administración Bush y por lo tanto al poder de los Estados Unidos para operar persuasivamente en otros campos de las relaciones internacionales. Junto con el simultáneo descrédito de la doctrina de la intervención preventiva y el apartamiento prematuro de la Carta de las Naciones Unidas, la imprevisibilidad que estas actitudes implican también erosiona el poder del valioso "*soft power*" que EE.UU. detenta y que sus amigos querrían ver aplicado en política exterior con más frecuencia.

d) En términos de la eficacia de la lucha antiterrorista, la ocupación de Irak no parece haber producido resultados notables, aunque la creciente resistencia armada que se ha generado —como en Afganistán— conlleva el peligro de formación de nuevos grupos terroristas con una causa fresca, tanto contra EE.UU. como contra los gobiernos autoritarios de la región que han apartado sus políticas de la opinión mayoritaria de sus pueblos. Es positiva para Washington, y para Tel Aviv, la revigorización de su influencia sobre Damasco y Teherán para controlar

a las organizaciones terroristas que operan desde el Líbano y para desactivar los elementos que subsistirían en Irán.

VIII. FACTORES DE UNA EVALUACIÓN FUTURA

Una evaluación más afiatada de las consecuencias de las políticas exteriores que Estados Unidos está hoy aplicando será posible en el mediano plazo, cuando hayan adquirido cierta permanencia y cuando los actores relevantes de la comunidad internacional vayan formulando su reacción ante el nuevo escenario. Entre los factores para tomar entonces en cuenta, podrían incluirse:

a) El respeto por los derechos humanos y la eficacia con que se gobierne Irak durante la ocupación, la manera en que se asignen los contratos de explotación de hidrocarburos y de los servicios públicos, los niveles de resistencia popular al predominio estadounidense y el tiempo que demore la transición hacia lo que la Unión Europea denomina la "autonomía de Irak".

b) El compromiso estadounidense con una solución para la situación de Palestina y de los Altos del Golán cuyos resultados, en la opinión casi unánime de la comunidad internacional, deben ajustarse a las resoluciones del Consejo de Seguridad y conllevar el establecimiento de una Palestina soberana así como la preservación de la integridad territorial siria.

c) El impacto sobre la cohesión de la Unión Europea y particularmente sobre las posibilidades futuras de conformar políticas de defensa y exterior comunes. Por razones diferentes, los efectos sobre Rusia, China e India han sido amortiguados por las necesidades de sus respectivas políticas exteriores y, recordando lo dicho en III, b), esto hasta ahora ha evitado la formación de coaliciones adversarias importantes.

d) El factor principal, como fue mencionado en III, a), es la medida en que el electorado estadounidense continúe el apoyo que hoy otorga a la política exterior del presidente Bush, pese al comienzo de una investigación parlamentaria sobre la relación entre la verdad y las causas alegadas para iniciar la guerra. Como expresa el profesor palestino Fouad Ajami, de la Johns Hopkins University en Washington, y de prolongada residencia en ese país: "La nueva forma de predominio estadounidense en Irak será objeto de una mirada vigilante. Habrá árabes convencidos de que su mundo se está volviendo a recolonizar... Habrá europeos que buscarán defectos en el comportamiento de la lejana gran potencia. Sin embargo, el juicio que importa se hará en Estados Unidos, en función de los costos y rendimientos de la carga imperial"¹⁴.

¹⁴ AJAMI, Fouad, "Irak y el futuro de los árabes", *Foreign Affairs* en español, enero/marzo 2003.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

La comunidad internacional podría estar entrando en una etapa de reestructuración consentida del poder global o pasando por un momento de expansionismo que se demuestre fugaz ante la irritación que causa y los intereses que afecta. En ambos casos, las políticas que adopte Washington son de importancia determinante.

Si en el debate político y académico que ya se está dando en los Estados Unidos prevaleciera un enfoque que asigne relevancia a grados apreciables de cooperación internacional, probablemente descenderían los niveles actuales de confrontación y violencia. Varios analistas, incluyendo a Kissinger en su último libro publicado (*Does America need a Foreign Policy?*, 2001), opinan que tal enfoque es el preferible para satisfacer los intereses nacionales estadounidenses. Robert Keohane, de la Universidad de Princeton, ha incorporado la idea de que: "Tanto el valor de una reputación de responsabilidad como los beneficios derivados de proveer información calificada a otros desafían el ideal tradicional de la *Realpolitik* sobre un estado autónomo y jerárquico que mantiene sus opciones abiertas y sus procesos de toma de decisiones cerrados. Mantener una flexibilidad irrestricta puede ser costoso al convertir a un gobierno en socio indeseable para los demás... Lograr el propio interés no requiere maximizar la libertad de acción. Por el contrario, los líderes inteligentes y previsores entienden que alcanzar sus objetivos puede depender de su compromiso con las instituciones que tornan posible la cooperación" ¹⁵.

Entre las recomendaciones para fortalecer el poder estadounidense más allá de la actual coyuntura sobresalen las de Joseph Nye —decano de la *Kennedy School of Government* de la Universidad de Harvard— quien propone reglas de prudencia para las intervenciones de EE.UU. en el extranjero y políticas instrumentales para su conducta exterior ¹⁶. Entre las primeras se destacan la conveniencia de determinar los grados de intervención en proporción a la amenaza y la existencia de una justa causa, teniendo además en cuenta si están en juego los intereses de sobrevivencia de los EE.UU. y el perjuicio previsible de la intervención sobre las ganancias que le proporciona su "*soft power*". Entre las segundas, que basa en un enfoque de protección de los bienes públicos globales, Nye recomienda a su gobierno extremar la cooperación en temas como ecosistema, salud, narcotráfico y demás problemas que trascienden las fronteras, mantener los equilibrios de poder en las regiones importantes, y apuntalar las normas e instituciones internacionales.

Por otra parte, la globalización del terrorismo y su efecto sobre la seguridad internacional continuarán siendo por buen tiempo un elemento importante de la

¹⁵ KEOHANE, Robert O., *After Hegemony*, Princeton University Press, 1984.

¹⁶ NYE, Joseph S., *The Paradox of American Power*, Oxford University Press, New York, 2002.

realidad. El objetivo de los grupos terroristas siempre ha sido la modificación del *statu quo*, mientras que la respuesta de EE.UU. ha sido su alteración en gran escala. Los expertos en antiterrorismo afirman que la inteligencia preventiva supera en eficacia a la intervención; varios autores opinan que la militarización del problema es funcional al diseño geoestratégico de la Administración Bush para implantar su presencia en el Asia Central y Medio Oriente. El tiempo y esfuerzo que demandan por su naturaleza tanto las tareas de inteligencia preventiva como el desmantelamiento de las situaciones de autoritarismo e injusticia que los pueblos árabes perciben como agravios —argumentos que los terroristas explotan como justificación de la violencia y razón de la simpatía popular— deberían ser parte integral de esta lucha junto con el apoyo al desarrollo socioeconómico de la región. Recordando el prolífico semillero de terroristas que generó el desalojo soviético de Afganistán, la continuación de una estrategia militarizada conlleva serios peligros.

Estados Unidos está actualmente trabajando para disipar el resentimiento y la irritación que su política reciente ha causado tanto en gobiernos amigos como en buena parte de la opinión pública; pero ese esfuerzo será limitadamente eficaz si la comunidad internacional no vislumbra apego de Washington a las reglas de conducta generalmente aceptadas y una mengua del unilateralismo evidenciado en otros temas ya antes de los ataques del 11 de septiembre. Un paso en esta dirección es su aprobación de la Resolución 1483 del Consejo de Seguridad (mayo de 2003) que aunque confirma el papel de las dos potencias ocupantes (la "Autoridad") lo encuadra en la normativa vigente y estipula condicionamientos financieros sobre los recursos iraquíes, mientras designa un representante especial de las Naciones Unidas cuyo mandato, aunque escaso en lo político, reinserta a la Organización en la reconstrucción y administración de Irak.

El siglo XX ha presenciado en demasía el uso de la fuerza para dirimir las competencias por el poder pero, como nos dice el secretario general de las Naciones Unidas Kofi Annan en su Informe 2002 sobre Prevención de Conflictos Armados: "Una visión más amplia de la naturaleza de la paz sostenible y los elementos que la componen, como el desarrollo económico y social, la buena gestión de los asuntos públicos y la democratización, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, sirve como complemento al concepto tradicional de seguridad colectiva. En el siglo XXI, la seguridad colectiva debe entrañar para todos nosotros una obligación de esforzarnos por tratar de resolver las tensiones, los agravios, la desigualdad, la injusticia, la intolerancia y las hostilidades en una etapa lo más temprana posible, antes de que se pongan en peligro la paz y la seguridad"¹⁷.

¹⁷ ANNAN, Kofi A., *Prevención de Conflictos Armados-Informe del Secretario General*, ed. Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

La paridad militar entre las dos superpotencias de la Guerra Fría constituyó el elemento central para evitar un cataclismo nuclear global, pero fue la excelente diplomacia de Alemania, Francia y Estados Unidos la determinante de que la disgregación de la Unión Soviética y la democratización de Rusia fueran pacíficas, desmintiendo a los augures del caos y la guerra. En esas décadas, la segunda mitad del siglo XX, la comunidad internacional comenzó la construcción de una inédita catedral de normas de derecho internacional y de organizaciones multilaterales destinadas a facilitar la convivencia armónica entre los pueblos. Con liderazgos prudentes, el siglo XXI podría ofrecernos la oportunidad de mantener la paz y la seguridad mejorando y completando esa catedral.

11 DE SEPTIEMBRE DE 2001 Y 1º DE JULIO DE 2002
¿UNA NUEVA INFLEXIÓN EN LA SEGURIDAD COLECTIVA?

por HORTENSIA D.T. GUTIÉRREZ POSSE *

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de seguridad colectiva instaurado a partir de la vigencia de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas tiene por objeto centralizar el empleo de la fuerza en un tercero —la Organización— a través de la capacidad que se delega en el Consejo de Seguridad. Este órgano es el único habilitado para determinar que la paz se ve amenazada o se ha quebrantado en razón de un hecho o una situación y, si así lo establece, para decidir medidas coercitivas que impliquen el empleo de la fuerza armada.

Los Estados, en consecuencia, en este tratado aceptan, en sus relaciones internacionales, no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Al momento de adoptarse la Carta, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, los Estados tuvieron en cuenta la triste experiencia del flagelo de la guerra que dos veces en el siglo XX había infligido a la humanidad sufrimientos indecibles. Esto es, que examinaron y consideraron las causas que podían haber conducido a los enfrentamientos y, fundamentalmente, el hecho de que las hostilidades que afectaban la paz y la seguridad internacionales se producían entre Estados. En función de ese pasado, establecieron las razones que podrían volver a conducir a nuevos conflictos armados y para entender en ellas e intentar evitarlas otorgaron competencia a la Organización, decidiendo que eran los Propósitos para los que la creaban. Mantener la paz y la seguridad internacionales; fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos; y realizar la cooperación internacional, inclusive en el desarrollo y estímulo de los derechos humanos. A lo largo de la historia, pero particularmente hasta 1945, la paz se ha-

bía visto amenazada y violentada por ambiciones territoriales, controversias entre Estados, enfrentamientos de nacionalidades, pueblos que consideraban llegado el momento de liberarse de vínculos coloniales, y seres humanos que veían negada su dignidad y hasta su vida por el hecho de considerárseles diferentes en razón de raza, lengua o religión.

El sistema, no sin dificultades, ha ido logrando los Propósitos para los que fue instituido. Sin embargo, en este siglo XXI nuevas amenazas se ciernen en el horizonte. Y el terrorismo internacional es una de ellas. La pregunta que se impone, entonces, es la de intentar establecer si las reglas de derecho acordadas por los Estados en 1945 pueden seguir siendo suficientes para mantener la paz y la seguridad internacionales o si frente a las realidades que nos toca vivir es necesario encontrar nuevas respuestas. Por otra parte, si la opinión se inclinase por la conveniencia de encontrar otras alternativas —al no ser ya el enemigo un Estado sino ideologías o fundamentalismos—, si sería conforme al derecho internacional consuetudinario reasumir el ejercicio de un derecho descentralizado al empleo de la fuerza mediante la invocación de la legítima defensa; inclusive, de tipo preventivo. Las páginas que siguen estarán dirigidas a intentar esclarecer estos interrogantes, considerando en una primera parte la figura de la legítima defensa con relación al terrorismo internacional y, en una segunda parte, la represión de los hechos que lo configurarían y la sanción y el enjuiciamiento de los presuntos responsables.

II. LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL TERRORISMO INTERNACIONAL

1. El sistema de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas

Las alianzas defensivas que los Estados constituían habitualmente antes de que se adoptase la Carta de la Organización de las Naciones Unidas tienen cabida en el sistema peculiar de asociación que constituye esta Organización a través del reconocimiento del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado¹.

Así, los acuerdos de legítima defensa colectiva o acuerdos de seguridad colectiva se constituyen entre los Estados mediante tratados que éstos celebran con el objeto de defenderse recíprocamente del ataque que alguna de las Partes pueda sufrir, adoptando las medidas que entiendan pertinentes en cada caso, las que inclusive pueden llegar al uso de la fuerza armada. Estas medidas podrán aplicarse hasta que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas haya tomado las que considere necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las adoptadas por las Partes en virtud de un acuerdo de seguridad colectiva de-

¹ Carta, art. 51.

berán comunicarse inmediatamente al Consejo y no afectarán en manera alguna su autoridad y la responsabilidad que se le ha confiado en la Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Ahora bien, este tipo de acuerdos configuran el ejercicio de un derecho inmanente de todo Estado de aliarse con quienes considere sus amigos para responder a los ataques que alguno de ellos pueda sufrir y presuponen un sistema descentralizado de relaciones internacionales en el que cada uno es libre de ejercer su derecho al empleo de la fuerza cuando lo entienda pertinente. Por ende, —a partir de la vigencia de la Carta que tiende a centralizarla—, si bien la conclusión de tales acuerdos es conforme a derecho, sólo será legal el accionar mientras el Consejo de Seguridad no tome las medidas a que lo habilita la Carta. Ante un ataque armado, quien responda no ha de ser necesariamente la víctima, sino que puede hacerlo otro Estado —o Estados— con quien concluya un tratado de alianza defensiva. Cabe entender, además, que la norma también legaliza la respuesta de un Estado porque la víctima le ha solicitado que acuda en su defensa ante un concreto ataque que haya sufrido. Por otra parte, otra disposición de la Carta autoriza al Consejo de Seguridad a valerse de estos acuerdos de seguridad colectiva para llevar a cabo las acciones que decida con el objeto de mantener la paz y la seguridad internacionales frente a un hecho o una situación que el órgano haya determinado que configura una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión². Es decir, que en el derecho de la Carta se centraliza en el Consejo de Seguridad el poder de sanción. Los acuerdos de seguridad colectiva integran el sistema de las Naciones Unidas contribuyendo con su accionar —sea hasta que actúe la Organización, sea con la Organización— a que los Propósitos fijados en 1945 puedan llegar a lograrse.

En tal contexto, entonces, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas establece que ninguna de sus disposiciones menoscabará este derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva. Por ende, resulta relevante intentar esclarecer el alcance de esta calificación de derecho “inmanente”, puesto que éste es el término empleado en el texto español, teniendo en cuenta para ello que en el texto francés se trata de un derecho natural —*droit naturel*— en tanto que en el texto inglés, de un derecho inherente, *inherent right*. Todo parecería indicar que no se trata exclusivamente de una cuestión de traducción sino de la voluntad política de ver reflejada la real intención de los Estados al consagrar esta excepción a la centralización de uso de la fuerza en el Consejo de Seguridad a través del idioma que consideraron mejor podía expresarla. Un modo de intentar desentrañar tal voluntad, reservándose ejercer el derecho para el supuesto en que no actúe el Consejo de Seguridad, puede ser la referencia a los ordenamientos jurídicos internos. En efecto, es dable afirmar que en todo derecho se admite la legítima defensa ante un daño de carácter irreparable que —por ser tal— no

² *Ibid.*, art. 48.

puede esperar una solución legal ulterior. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que con el ejercicio de este derecho se persigue poner fin a un ataque. Desde este enfoque, la legítima defensa, en el derecho internacional, tiene como fuente un principio general de derecho o —en su caso— una norma consuetudinaria basada en la práctica de los Estados cumplida con conciencia de obligatoriedad. Así, todo ordenamiento jurídico que prohíba un empleo descentralizado de la fuerza por sujetos particulares, contemplará como excepción a la responsabilidad que genera la violación de esta regla, el recurso individual a la fuerza para oponerse al ataque violento de otro sujeto. La Corte Internacional de Justicia en un caso complejo, que oponía Nicaragua a los Estados Unidos, señaló el carácter tanto consuetudinario como convencional de la legítima defensa ³.

Por otra parte, ha de tenerse presente que si se la considera desde el enfoque del accionar colectivo, admitido en el derecho de la Carta, resulta difícil establecer una diferencia con los acuerdos clásicos de asistencia militar, lo que revela la interdependencia entre las figuras de la legítima defensa y de la seguridad colectiva. Todo parecería indicar que frente a la parálisis del Consejo de Seguridad, la práctica internacional vuelve a las viejas y tradicionales fórmulas de las alianzas a través del ejercicio de una intervención, sea consentida, sea solicitada ⁴. En la óptica de las grandes potencias del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, evoluciones internas de los Estados podían poner en riesgo la seguridad internacional y, por ende, se consideraban habilitadas a intervenir en una suerte de acción policial a fin de restablecer lo que entendían como el orden instituido ⁵. De igual modo,

³ C.I.J., caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, "Nicaragua c. Estados Unidos", *Recueil*, 1986, parágr. 176 y 193, retomando una afirmación que ya había formulado el Tribunal Militar de Tokio, en la sentencia dictada el 12/11/1948, al expresar que "*any law, international or municipal, which prohibits recourse to force is necessarily limited by the right of self defence*".

⁴ Como ejemplos pueden recordarse las intervención de la U.R.S.S. en Hungría en 1956 y en Checoslovaquia en 1968 en aplicación del Pacto de Varsovia, y de los Estados Unidos en Vietnam a partir de 1967 en aplicación del tratado de la O.T.A.S.E. La Corte Internacional de Justicia en la sentencia citada precedentemente señaló que en el derecho consuetudinario ninguna norma permite a un Estado distinto del que ha sufrido el ataque armado invocar su derecho a la legítima defensa colectiva contra un pretendido agresor según su propia apreciación de la situación; sólo la víctima tiene la capacidad jurídica de establecer que ha sido atacada; C.I.J., *ibid.*, parágr. 199 y 232.

⁵ Tal fue la conducta de la Santa Alianza cuyos miembros, luego del Congreso de Viena, se consideraron habilitados a intervenir en América para restituir la legitimidad dinástica, frente a los movimientos independentistas de sus ex colonias, lo que dio lugar al rechazo formal por la Declaración del presidente Monroe de los Estados Unidos, luego conocida como Doctrina Monroe. En 1821 lord Castlereagh ya había declarado que la intervención era posible "cuando la seguridad inmediata o los intereses esenciales del país están seriamente comprometidos por las transacciones domésticas de otro Estado".

puede esperar una solución legal ulterior. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que con el ejercicio de este derecho se persigue poner fin a un ataque. Desde este enfoque, la legítima defensa, en el derecho internacional, tiene como fuente un principio general de derecho o —en su caso— una norma consuetudinaria basada en la práctica de los Estados cumplida con conciencia de obligatoriedad. Así, todo ordenamiento jurídico que prohíba un empleo descentralizado de la fuerza por sujetos particulares, contemplará como excepción a la responsabilidad que genera la violación de esta regla, el recurso individual a la fuerza para oponerse al ataque violento de otro sujeto. La Corte Internacional de Justicia en un caso complejo, que oponía Nicaragua a los Estados Unidos, señaló el carácter tanto consuetudinario como convencional de la legítima defensa ³.

Por otra parte, ha de tenerse presente que si se la considera desde el enfoque del accionar colectivo, admitido en el derecho de la Carta, resulta difícil establecer una diferencia con los acuerdos clásicos de asistencia militar, lo que revela la interdependencia entre las figuras de la legítima defensa y de la seguridad colectiva. Todo parecería indicar que frente a la parálisis del Consejo de Seguridad, la práctica internacional vuelve a las viejas y tradicionales fórmulas de las alianzas a través del ejercicio de una intervención, sea consentida, sea solicitada ⁴. En la óptica de las grandes potencias del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, evoluciones internas de los Estados podían poner en riesgo la seguridad internacional y, por ende, se consideraban habilitadas a intervenir en una suerte de acción policial a fin de restablecer lo que entendían como el orden instituido ⁵. De igual modo,

³ C.I.J., caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, "Nicaragua c. Estados Unidos", *Recueil*, 1986, parágr. 176 y 193, retomando una afirmación que ya había formulado el Tribunal Militar de Tokio, en la sentencia dictada el 12/11/1948, al expresar que "*any law, international or municipal, which prohibits recourse to force is necessarily limited by the right of self defence*".

⁴ Como ejemplos pueden recordarse las intervención de la U.R.S.S. en Hungría en 1956 y en Checoslovaquia en 1968 en aplicación del Pacto de Varsovia, y de los Estados Unidos en Vietnam a partir de 1967 en aplicación del tratado de la O.T.A.S.E. La Corte Internacional de Justicia en la sentencia citada precedentemente señaló que en el derecho consuetudinario ninguna norma permite a un Estado distinto del que ha sufrido el ataque armado invocar su derecho a la legítima defensa colectiva contra un pretendido agresor según su propia apreciación de la situación; sólo la víctima tiene la capacidad jurídica de establecer que ha sido atacada; C.I.J., *ibid.*, parágr. 199 y 232.

⁵ Tal fue la conducta de la Santa Alianza cuyos miembros, luego del Congreso de Viena, se consideraron habilitados a intervenir en América para restituir la legitimidad dinástica, frente a los movimientos independentistas de sus ex colonias, lo que dio lugar al rechazo formal por la Declaración del presidente Monroe de los Estados Unidos, luego conocida como Doctrina Monroe. En 1821 lord Castlereagh ya había declarado que la intervención era posible "cuando la seguridad inmediata o los intereses esenciales del país están seriamente comprometidos por las transacciones domésticas de otro Estado".

apreciaban que podían intervenir cuando se habían cometido actos contrarios a la moral o a principios universalmente reconocidos de justicia ⁶.

Sin embargo, para su ejercicio en el derecho de la Carta es condición que haya mediado un ataque armado contra un miembro de la Organización. En el caso precedentemente citado, entre Nicaragua y los Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia consideró que el envío de bandas armadas al territorio de otro Estado puede constituir un ataque armado si se trata de una operación de gran amplitud. En cambio, en opinión de este tribunal internacional, no lo constituirían maniobras militares o el envío de fondos o de armamentos a rebeldes ⁷. En su sentencia la Corte agregó que las medidas que se adopten en el ejercicio de la legítima defensa han de ser proporcionales al ataque sufrido y sólo han de consistir en las necesarias para ponerle fin ⁸. El Estado afectado ha de demostrar una necesidad de legítima defensa instantánea, irresistible, que no permita la opción de otros medios y no deje momento alguno de deliberación ⁹. La necesidad indica que el uso de la fuerza es el único medio al que puede recurrir el Estado para detener el ataque. Por ende, la respuesta ha de ser suficiente para lograr tal objetivo; esto es, proporcionada tanto al ataque sufrido como a la realización del fin de la institución de la legítima defensa. Por cierto, en esta respuesta —al igual que en todo empleo de fuerza— habrán de respetarse las normas del derecho internacional humanitario que imponen límites a los métodos y medios de combate ¹⁰. La acción de legítima defensa, a más, debe ser inmediata al desarrollo del ataque armado —esto es, en función del tiempo necesario para que se prepare la respuesta— puesto que de otro modo un acto conforme a derecho puede convertirse en una violación de la prohibición asumida en la Carta de no usar ni amenazar con usar descentralizadamente la fuerza en una represalia armada. Ahora bien, una acumulación de incidentes más o menos menores, desarrollados a lo largo del

⁶ Tal fue el caso de la intervención de Francia en 1909, luego de las masacres de Armenia en Cilicia y Alepo.

⁷ C.I.J., caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, "Nicaragua c. Estados Unidos", *Recueil*, 1986, parágr. 227 a 230.

⁸ *Ibid.*, parágr. 176 y 237.

⁹ Estos requisitos del derecho consuetudinario fueron puestos de manifiesto en 1837 por el secretario de Estado de los Estados Unidos, Daniel Webster cuando un buque de bandera de este Estado —el *Caroline*—, fondeado en aguas de los Estados Unidos, fue hundido por el Reino Unido alegando legítima defensa en razón de que suministraba ayuda a rebeldes canadienses.

¹⁰ Una de las normas fundamentales del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección a las víctimas de los conflictos armados, luego de recordar la norma del derecho consuetudinario según la cual el derecho de las partes a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado, dispone que queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Al solicitarse la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, en 1996, este tribunal entendió que la legítima defensa no excluye en sí misma el empleo de este tipo de armas, aun cuando señaló que

tiempo, tomados en su conjunto y situados en su contexto, podrían llegar a configurar un ataque armado si en forma recurrente comportan actos hostiles contra un Estado. La acumulación de este tipo de actos podría indicar la necesidad de acudir a una defensa que fuese legítima; y ello, aun cuando en apariencia la respuesta pudiese considerarse como no proporcionada o no inmediata con relación a un acto en particular ¹¹. La respuesta podrá provenir tanto de la víctima del ataque armado como de quienes —en virtud de su solicitud— acuerden salir en su defensa, puesto que cada Estado estará ejerciendo un derecho que le es propio ¹². Las medidas que se adopten podrán llevarse a cabo mientras el Consejo de Seguridad no actúe y en nada afectan su autoridad y responsabilidad para accionar en el momento en que lo estime necesario con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Esto es que se trata de medidas, en principio, subsidiarias del accionar del Consejo de Seguridad desde que éste ha sido instituido como el responsable primordial de su mantenimiento ¹³.

Ahora bien, nada impide que frente a un caso de especie sea el mismo Consejo de Seguridad el que autorice una acción militar con el carácter de legítima defensa, pero para ello es necesario que la resolución expresamente se refiera a este derecho y, además, que no autorice otras medidas que podrían exceder su alcance tal como la legítima defensa está concebida en el derecho internacional.

En ese sentido cabe recordar que el 2 de agosto de 1990 Irak invadió Kuwait y el Consejo de Seguridad reaccionó inmediatamente. Concluida la Guerra Fria, nada parecía dificultar el acuerdo entre los miembros permanentes y lograr que a ellos se sumasen los no permanentes. Ese mismo día, el Consejo adoptó la resolución 660 (1990) determinando de conformidad al art. 39 de la Carta que existía un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales y exigiendo de acuerdo con el art. 40 que Irak retirase de inmediato e incondicionalmente todas sus fuerzas a las posiciones que se encontraban el 1º de agosto. Por otra parte, en esta resolución se exhortaba a ambos países a iniciar de inmediato negociaciones intensivas para resolver sus diferencias y se apoyaban los esfuerzos que realizaba

la verdadera naturaleza de todas las armas nucleares y los profundos riesgos asociados con ellas son consideraciones que deben estar en la mente de los Estados que creen poder realizar una respuesta nuclear en legítima defensa de acuerdo con los requerimientos de proporcionalidad.

¹¹ Esta tesis de la acumulación de actos, entre otros casos, fue invocada por los Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad en relación al ataque aéreo sobre Libia en 1986; S/PV 2374.

¹² La Corte Internacional de Justicia, en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, "Nicaragua c. Estados Unidos", *Recueil*, 1986, parágr. 1991, señaló que en el ejercicio de la legítima defensa colectiva deben concurrir dos requisitos: la declaración de la víctima en el sentido de que ha sufrido un ataque y su solicitud de ayuda.

¹³ Carta, art. 24.

al respecto la Liga de los Estados Árabes ¹⁴. La resolución se adoptó con la sola abstención de Yemen, en aquel momento miembro no permanente del órgano. Mientras se celebraba en Nueva York la sesión en la que se discutía la cuestión, el embajador de Kuwait en Washington requería la intervención directa de los Estados Unidos. En consecuencia, este país ordenó el congelamiento de todos los bienes y haberes iraquíes y el cese de toda transacción comercial con Bagdad, duplicando su presencia militar en el Golfo Pérsico donde sus buques de guerra se encontraban para mantener abierta la circulación de los petroleros desde la guerra Irán-Irak de 1980-1988. La Unión Soviética —en el marco de la nueva política de cooperación— se sumó a la condena y suspendió la entrega de armas a Irak como se lo pedía el Gobierno americano. Gran Bretaña, Alemania, Francia e Italia casi inmediatamente se alinearon detrás de ellos, congelando los bienes iraquíes y kuwaitíes; la Comunidad Europea hizo otro tanto y sus miembros manifestaron que se hallaban dispuestos a apoyar e imponer sanciones si eran adoptadas por las Naciones Unidas. Trece Estados miembros de la Liga Árabe —entre los que se encontraban Egipto, Siria y Arabia Saudita— se unieron a la condena. De este modo, los Estados Unidos encabezaban la defensa del Estado que había visto violada su frontera contra aquel que no había respetado el principio de integridad territorial. Todo lo actuado en los pocos días transcurridos desde el 2 de agosto por los Estados que luego conformaron la coalición liderada por los Estados Unidos se encontraba enmarcado en la asistencia a un país que había sufrido un ataque armado. En ese contexto resulta claro el alcance de la afirmación contenida en la resolución 661 (1990) del 6 de agosto de 1990 en la que el Consejo de Seguridad hace expresa referencia al “derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en respuesta al ataque armado de Irak contra Kuwait, de conformidad con el art. 51 de la Carta”. Pero en ese mismo momento el Consejo de Seguridad tomó la primera medida coercitiva que entendió adecuada para intentar mantener la paz; decidió el embargo económico de conformidad con el art. 41, recordando a los Estados miembros en el texto de la resolución la preeminencia de las obligaciones instituidas en virtud de la Carta. Es decir que, según el derecho derivado de la Carta, por primera vez en la historia de la Organización se daba la condición puesta por el art. 51 para hacer cesar la legítima defensa; el órgano había comenzado a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de su responsabilidad primordial.

Una segunda oportunidad en la que el Consejo de Seguridad adoptó una resolución con el reconocimiento expreso de la legítima defensa fue tras los lamentables hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001. En ese momento expresó encontrarse decidido a combatir por todos los medios las amenazas a la paz y a la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo y reconoció el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de conformidad

¹⁴ Carta, art. 52. 3.

con la Carta de las Naciones Unidas. El órgano si bien adoptó medidas, como ya lo venía haciendo, se trata de medidas que hasta el presente no han implicado el empleo de la fuerza armada ¹⁵. A la luz de todo ello, una interpretación posible sería la de que la no acción del órgano en este marco comportaría que, frente a esta amenaza nueva que constituye el terrorismo internacional, los Estados podrían operar en modo descentralizado puesto que al delegar competencias en el Consejo de Seguridad sólo habrían tenido en cuenta lo que consideraron amenazas en 1945 en razón de los hechos que condujeron al horror de dos guerras a nivel mundial. Otra interpretación, en cambio, denegaría una acción descentralizada puesto que si bien en la Carta se reconoce el derecho a la legítima defensa se condiciona su ejercicio a que se lleve a cabo de conformidad con sus normas; esto es, frente a un ataque armado y a través de una respuesta proporcional, necesaria, inmediata, y conforme a las reglas del derecho internacional humanitario.

Una segunda cuestión que podría plantearse sería la referida a una legítima defensa preventiva. Es decir, frente a nuevas modalidades de ataques —armas químicas, bacteriológicas o nucleares— y frente a nuevos atacantes —no ya los Estados, sino grupos terroristas internacionales— debería esperarse que el ataque se produzca para responder o cabría, en cambio, una legítima defensa de tipo preventivo. El derecho de los Estados a ejercer la legítima defensa frente a la inacción del Consejo de Seguridad, o la autorización en tal sentido brindada por este órgano, no parecería implicar que, necesariamente, de ello cabría derivar que en el derecho consuetudinario existe, a más, un derecho a la legítima defensa preventiva. En efecto, este tipo de legítima defensa dejaría librado a la propia apreciación de cada Estado el hecho de que va a ser víctima de un ataque armado, con anticipación a que tal ataque se produzca, en razón de alegar un derecho consuetudinario anterior a la vigencia de la Carta y de un contenido más amplio que protegería lo que considerase sus derechos esenciales o sus intereses vitales. Sin embargo, su regulación en este tratado implica poner límites y certeza al derecho internacional general ya que —a partir de sus reglas— cabe referirse a una defensa legítima o ilegítima en razón de que se ha centralizado el empleo de la fuerza ¹⁶. La doble naturaleza convencional y consuetudinaria de este tipo de respuesta refleja en realidad una única regulación jurídica y no dos regulaciones autónomas y diferenciadas, una más restrictiva que la otra. El efecto del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas es el de mantener la norma del derecho internacional general, redefiniendo su contenido en modo concordante con los Propósitos de la Organización conforme a los cuales de lo que se trata es de someter el empleo de la fuerza a su control. Mientras esté vigente el tratado concluido en 1945 la razón de ser de que una defensa sea legítima está en el haber sufrido un ataque. Las amenazas del uso de cualquier tipo de fuerza pueden constituir,

¹⁵ Carta, art. 41.

¹⁶ Carta, art. 2.4.

por cierto, una amenaza a la paz pero precisamente el juzgar sobre esta materia ha sido delegado exclusivamente en el Consejo de Seguridad ¹⁷.

Ahora bien, como se trata en la especie de la interpretación de una regla jurídica y el derecho —en tanto que se expresa a través del lenguaje— es interpretable, en ocasiones la práctica internacional ha desvirtuado lo que se acaba de señalar. En efecto, la cuarentena impuesta en 1961 alrededor de la isla de Cuba con motivo de la instalación de cohetes soviéticos se fundamentó, precisamente, en la legítima defensa preventiva. Otro tanto ocurrió en 1981 cuando Israel atacó y destruyó las instalaciones nucleares iraquíes de Osiraq antes de que entraran en funcionamiento ¹⁸. En este enfoque sería posible interpretar el concepto de ataque armado, no cuando tal ataque se consuma sino cuando se ponen en marcha los mecanismos que han de desencadenarlo. Sin embargo, frente a una situación concreta todo parecería indicar que todavía sería posible distinguir entre una acción eminentemente preventiva, basada en un juicio de valor subjetivo y unilateral, y una acción en la que —teniendo objetivamente conocimiento de que el ataque se ha lanzado— de lo que se trata es de evitar que logre su fin, anticipando la defensa. En este supuesto, más que de una legítima defensa de tipo preventivo se estaría ante un estado de necesidad eximente de la responsabilidad que comporta el hecho ilícito internacional del empleo de la fuerza armada. Esto es, la necesidad del Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente y siempre que no afecte lo que también es un interés esencial pero, en este caso, de la comunidad internacional en su conjunto; es decir la paz y la seguridad de todos ¹⁹. Y este aspecto es el que lleva necesariamente a plantearse la cuestión de esta nueva amenaza que asuela el siglo XXI: el terrorismo internacional.

2. El terrorismo internacional

La existencia en el derecho internacional de normas imperativas que generan obligaciones ante la comunidad internacional; el carácter de crímenes internacionales de la agresión, el genocidio, la violación de principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; y el hecho de que los actos que los configuran comprometen la responsabilidad internacional del Estado y de los individuos que los cometen o

¹⁷ *Ibid.*, art. 39; la Corte Internacional de Justicia, en el caso ya citado de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, señaló que el ejercicio del derecho a la legítima defensa se encuentra sujeto a que el Estado haya sido víctima de un ataque armado, como condición inexcusable tanto en el derecho de la Carta como en el derecho consuetudinario.

¹⁸ El Consejo de Seguridad, en la resolución 487 (1981) adoptada por unanimidad, condenó enérgicamente el ataque de Israel.

¹⁹ Proyecto sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, señalado a la atención de los gobiernos por la Resolución de la Asamblea General de la O.N.U., A/ 56/ 83, art. 25.

dan la orden de cometerlos, al presente, no ofrece dudas a la luz de la práctica y de la jurisprudencia internacional. Asimismo, la capacidad atribuida al Consejo de Seguridad de determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión y la consecuente de adoptar las medidas que estime pertinentes para hacer cesar el ilícito comportan, implícitamente, la determinación de la comisión de un crimen internacional²⁰. Cabe examinar, entonces, si los actos de terrorismo internacional también son percibidos por la comunidad internacional en su conjunto como una violación de normas del derecho internacional que amparan valores fundamentales y, si así fuese, el alcance de la responsabilidad que generaría su comisión.

En tal sentido, los tratados multilaterales adoptados en el ámbito del sistema de las Naciones Unidas²¹, así como las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad constituyen una valiosa indicación de la percepción por los Estados y por la Organización de la gravedad de los actos de terrorismo internacional y un primer indicio de que su comisión constituye un crimen internacional. Si así fuese, ante el derecho internacional general existiría la obligación por parte de los Estados de prevenirlos y sancionarlos y la violación de tal obligación comprometería su responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito. Es decir que se estaría en presencia de un supuesto en el que —al igual de lo que ocurre en relación a los crímenes de guerra o a los crímenes de lesa humanidad— se

²⁰ GAJA, G., "Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial. À propos des rapports entre maintien de la paix et crime internationaux des États", *RGDIP*, 97 (1993), pp. 297 y sigs.

²¹ Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 1963, 171 Estados parte; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, La Haya, 1970, 174 Estados parte; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 1971, 175 Estados parte; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, Montreal, 1988, 107 Estados parte; Convención para la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Nueva York, 1973, 121 Estados parte, entre ellos la Argentina, los Estados Unidos, la Federación Rusa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y China; Convención internacional contra la toma de rehenes, Nueva York, 1979, 110 Estados parte, entre ellos la Argentina y los miembros permanentes del Consejo de Seguridad; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena 1980, 68 Estados parte; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma 1988, 52 Estados parte; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, Roma 1988, 51 Estados parte; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, Montreal, 1991, 67 Estados parte; Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, Nueva York, 1997, 72 Estados parte, entre ellos los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, la Argentina es signatario; Convenio internacional para la represión de la financiación de terrorismo internacional, Nueva York 1999, 52 Estados parte, entre ellos Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos, son signatarios, entre otros, la Argentina, China y la Federación Rusa.

generaría una doble responsabilidad; la del Estado —por acción u omisión— y la de los individuos que cometiesen u ordenasen cometer actos de terrorismo, configurándose un crimen internacional desde que la norma violada tendría la naturaleza de imperativa al constituir una amenaza a un valor esencial cual es la paz y la seguridad internacionales.

En el marco de la Organización de las Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1997 se adoptó el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas ²² y el 9 de diciembre de 1999 el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo ²³. Ninguno de estos tratados contiene una definición genérica de lo que cabe entender por "terrorismo internacional", limitándose a tipificar uno y otro delito ²⁴, quizás en razón de la dificultad de concordar en ello por las diferentes percepciones de lo que constituiría "terrorismo". Sin embargo, de sus textos cabe inferir los elementos que han de concurrir para que el acto sea "internacional" y por ende esté regulado por este ordenamiento jurídico. En efecto, sus normas no serán aplicables si el delito se cometió en un solo Estado, el presunto delincuente y las víctimas son nacionales de ese Estado y el presunto culpable se halla en el territorio de ese Estado ²⁵. Cuando estos requisitos no concurren —y en consecuencia el acto sea "internacional"— los tratados establecen la obligación para los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para tipificar en su ámbito interno los delitos, prevenir su comisión, sancionarlos y juzgarlos o darlos a juzgar a otro Estado parte que haya establecido su jurisdicción en razón de que el delito se cometió en el territorio de

²² Anexo a ARES/ 52/ 64.

²³ Anexo a ARES/ 54/109.

²⁴ Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, art. 2: "Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico..." Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo art. 2: "Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; o b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo...". Los tratados enumerados en el anexo son los mencionados precedentemente en la nota 19.

²⁵ Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, art. 3 y Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, art. 3.

ese Estado, por un nacional de ese Estado, por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio del Estado, contra un nacional de ese Estado, en o contra una instalación pública o gubernamental de ese Estado en el extranjero, sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado ²⁶. Es decir que de ambos acuerdos internacionales surge clara la obligación para quienes expresen su consentimiento en obligarse por ellos de prevenir y sancionar, juzgando o —de así no hacerlo— dando a juzgar a los presuntos responsables.

Ahora bien, cabe señalar que en el Preámbulo de ambos tratados se recuerdan dos Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que los Estados miembros condenaron todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos criminales e injustificables. En la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional ²⁷ se expresa el convencimiento de que la supresión de los actos de terrorismo internacional, incluidos aquellos en que hay Estados directa o indirectamente involucrados, es fundamental para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y que los responsables de los actos de terrorismo internacional deben ser sometidos a la acción de la justicia. Por ende, en ella se declara que los actos, métodos y prácticas terroristas constituyen una violación grave de los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas y pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, poner en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, obstaculizar la cooperación internacional y llevar a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y las bases democráticas de la sociedad, por lo que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias. Se afirma, así, la obligación de los Estados de asegurar la aprehensión, el enjuiciamiento o la extradición de los autores de actos de terrorismo.

Por ende, en primer lugar, los Estados han de *prevenir* la comisión de actos de terrorismo internacional en su territorio así como la organización en ellos de actividades encaminadas a la comisión de tales actos en los territorios de otro Estado. Por cierto, tal obligación deriva de la noción misma de soberanía territorial y tempranamente había quedado reflejada en la Declaración de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones

²⁶ Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, arts. 4, 6, 8 y 15 y Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, arts. 4, 7, 10 y 18.

²⁷ Anexo A/RES/ 49/ 60 cuyos términos se retoman en la Resolución A/51/210 a la que se anexa una Declaración complementaria a la de 1994 en la que se destaca la importancia de que los Estados preparen acuerdos o arreglos de extradición a fin de asegurar el enjuiciamiento de los responsables de actos terroristas.

de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas²⁸. En ella se expresa que todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia impliquen recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza. La ya mencionada Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional reitera esta obligación del Estado y agrega que, en particular, han de abstenerse de organizar, instigar, facilitar, financiar, alentar o tolerar actividades terroristas y habrán de adoptar medidas prácticas adecuadas para velar por que no se utilicen sus respectivos territorios para instalaciones terroristas o campamentos de adiestramiento, o para la preparación u organización de actos terroristas que hayan de perpetrarse contra otros Estados o sus ciudadanos. La violación de tal obligación podría constituir tanto un caso de intervención en los asuntos internos de otro Estado, prohibida en el derecho internacional general y en el derecho convencional²⁹, como una violación de la prohibición del uso o de la amenaza del uso de la fuerza³⁰.

Si bien es cierto que las resoluciones de la Asamblea General no tienen un valor vinculante, en ocasiones —tal como lo señalara la Corte Internacional de Justicia— pueden tener valor normativo. La Corte expresó así que, en ciertas circunstancias, pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de *opinio juris* y, asimismo, que una serie de resoluciones pueden mostrar la evolución gradual de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma³¹. En ese sentido baste señalar que los términos de las declaraciones de la Asamblea General son tomados particularmente en cuenta en resoluciones ulteriores del Consejo de Seguridad³² en las que se condenan los actos de terrorismo internacional, reafirmandose que constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y, por ende, se insta a los Estados a cooperar en el marco de acuerdos para prevenir y reprimir los actos terroristas y enjuiciar a los responsables de tales actos; decidiéndose —a más— que han de prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo para lo cual han de tipificar como delito la provisión o recaudación internacionales de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar

²⁸ A/ 2625 (XXV).

²⁹ Carta O.N.U., art. 2.1 y Resolución A/2131 (XX) "Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía".

³⁰ *Ibid.*, art. 2.4

³¹ C.I.J., *Legalidad de la Amenaza o el empleo de armas nucleares*, Rec. 1996, parágr. 70.

³² Consejo de Seguridad, resoluciones 1269 (1999) y 1373 (2001), adoptada —esta última— en virtud del Capítulo VII de la Carta, conteniendo una suerte de Código Internacional Penal de la lucha contra el terrorismo.

actos de terrorismo, asegurando el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos.

Así, a la obligación del Estado de prevenir actos de terrorismo internacional se suma la de *sancionarlos*, lo que por cierto comporta la adopción de medidas internas tendientes a impedir o reprimir tales actos, estableciendo su jurisdicción y designando las instancias que habrán de conocer.

Ahora bien, cabe interrogarse sobre una eventual aplicación a este tipo de crímenes de la tercera obligación impuesta a los Estados, específicamente, en el ámbito de las infracciones graves al derecho internacional humanitario; esto es, la de *dar a juzgar* a los presuntos responsables. Al respecto cabe señalar que ciertos tratados establecen en las materias específicas que regulan no sólo la obligación de juzgar, sino —a más— esta tercera obligación de dar a juzgar³³; es decir, de extraditar al presunto terrorista en caso de no procesarlo ante los tribunales internos.

En ese sentido, cabe recordar que el Consejo de Seguridad en el caso "*Lockerbie*" determinó la existencia de una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. En efecto, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido acusaban a Libia por no entregar dos nacionales libios imputados de haber participado en el atentado a un avión de Pan Am ocurrido el 21 de diciembre de 1988. El Consejo de Seguridad expresó en esa oportunidad que los actos de terrorismo internacional constituyen amenazas a la paz y a la seguridad internacional y urgió a Libia a dar inmediata respuesta a la solicitud, cooperando para establecer las responsabilidades y contribuyendo —por tal vía— a la eliminación del terrorismo internacional³⁴. Ante la falta de respuesta positiva, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, el Consejo decidió que Libia debía dar inmediata satisfacción al pedido y decretó una serie de medidas coercitivas que, no implicando el uso de la fuerza, estarían en vigor hasta que el mismo órgano decidiese que se había cumplido el requerimiento³⁵. Libia, por su parte, sostenía que las acciones en el marco del Consejo de Seguridad impedían la aplicación del instrumento jurídico pertinente; esto es, la Convención de Montreal de 1971 para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil. En consecuencia, se presentó ante la Corte Internacional de Justicia deduciendo demanda contra Estados Unidos y el Reino Unido. Sin embargo, el juicio no llegó a sentencia en razón de

³³ Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, del 16/12/1970; Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, 23/9/1971 y Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 14/12/1973, en los tres casos en el art. 7; Convención internacional contra la toma de rehenes, 17/12/1979, art. 8. 1; y Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 15/12/1997, art. 8.

³⁴ Consejo de Seguridad, Resolución 731 (1992).

³⁵ *Ibid.*, Resoluciones 748 (1992) y 883 (1993).

que las Partes acordaron el 27 de agosto de 1998 que los sospechosos fuesen juzgados en Holanda ante un tribunal escocés. El Consejo de Seguridad acogió con beneplácito esta iniciativa y —siempre actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta— decidió que las medidas que había decretado se suspendiesen una vez que los acusados llegasen a los Países Bajos a los efectos del juicio ³⁶. La sentencia se dictó el 31 de enero de 2001. Uno de los acusados fue declarado culpable y condenado a prisión de por vida en tanto que el otro fue absuelto. En la sentencia se expresaba que “la concepción, la planificación y la ejecución tenían origen libio”. Por cierto la soberanía de los Estados en el sistema del derecho internacional vigente admite la posibilidad de que los Estados interesados —por el lugar de la comisión del hecho, de la nacionalidad del acusado o la de las víctimas— acuerden la jurisdicción que ha de entender tal como lo hicieran Libia, por una parte y, por la otra, Estados Unidos y el Reino Unido. Sin embargo, el contenido de las decisiones del Consejo de Seguridad al respecto serían un primer indicio de que en el supuesto de actos de terrorismo internacional a la obligación de juzgar se agrega, en su defecto, la de dar a juzgar. En ese sentido cabe señalar que el terrorismo internacional no ha de poder ser considerado como un delito político y que —por ende— no cabría dar asilo a un acusado de cometer tales actos ³⁷. Por otra parte, el Consejo de Seguridad no sólo adoptó sanciones en el caso “*Lockerbie*”, sino que también exigió a Sudán la extradición a Etiopía a efectos del enjuiciamiento de tres sospechosos de haber cometido el atentado contra el presidente de Egipto en Adis Abeba, el 26/6/1995 ³⁸.

Por último, cabe señalar que el Consejo de Seguridad, también en ejercicio de las competencias que se le atribuyen en el Capítulo VII de la Carta, instituyó un Comité especial contra el terrorismo ³⁹ en cuyo marco el secretario general creó un Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo. En el informe brindado por este Grupo ⁴⁰ se intenta una caracterización del terrorismo, especificándose que es un ataque a derechos fundamentales. En ese sentido se señala que es un acto político cuyo objetivo es infligir daños dramáticos y mortales a civiles y crear una atmósfera de temor, generalmente con fines políticos o ideológicos (sean seculares o religiosos). A la luz de ello, se considera que es un acto delictivo y que la Organización debe propugnar, cumplir y reafirmar los Propósitos y Principios de la Carta cuyo núcleo se ve menoscabado y amenazado por el terrorismo. Por ende, se recomienda apoyar los esfuerzos mundiales para disuadir a los grupos descontentos de adoptar el terrorismo mediante el establecimiento de normas que conecten los instrumentos sobre delitos y la lucha contra el terrorismo;

³⁶ *Ibid.*, Resolución 1192 (1998).

³⁷ Declaración complementaria de la Declaración de 1994 sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, Anexo A/RES/51/210, punto 4.

³⁸ Consejo de Seguridad, Resoluciones 1044 (1996), 1054 (1996) y 1070 (1996).

³⁹ *Ibid.*, Resolución 1373 (2001).

⁴⁰ A/ 57/ 273 – S/ 2002 / 875, 6/8/2002.

el afianzamiento de la protección de los derechos humanos; y la cooperación con los Estados en la elaboración de normas internas. Asimismo se sugiere denegar a grupos o individuos los medios de llevar a cabo actos terroristas, particularmente por medio de la actividad del Comité contra el Terrorismo, instituido por el Consejo de Seguridad, señalándose —al respecto— que de lo que se trata no es ya de imponer sanciones contra Estados sino contra actos de terrorismo y contra terroristas. Por último, en este Informe, se sugiere fomentar una cooperación internacional amplia en la lucha contra el terrorismo, particularmente, entre la ONU y las organizaciones regionales.

En consecuencia, la práctica generalmente aceptada revela a través de decisiones del Consejo de Seguridad, declaraciones de la Asamblea General y tratados multilaterales adoptados en el ámbito del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, las obligaciones que pesan sobre los Estados de prevenir y sancionar tanto actos de terrorismo internacional como terroristas. Estas obligaciones impuestas por el derecho internacional general implican que —al presente— tales actos constituyen un crimen internacional, de lo que se infiere que las personas que los cometan o que ordenen cometerlos son directamente responsables en virtud de este ordenamiento.

III. LA REPRESIÓN INTERNACIONAL

1. La sanción

En el caso de un Estado desestructurado o que haya colapsado en razón de una situación imperante debida a influencias externas o enfrentamientos internos, todo parecería indicar que no podría considerársele responsable si no previniese o sancionase a los imputados de actos de terrorismo internacional. En efecto, en tal supuesto la diligencia debida en razón de su soberanía, de hecho, no podría ejercerse. Ni negligencia ni complicidad serían alegables como fundamento de su responsabilidad internacional, lo que no conllevaría a que presuntos responsables quedasen exentos de la acción de la justicia. Por cierto, la pregunta que se impone en este caso es la referida a la jurisdicción habilitada para ejercer tal competencia. En ese sentido resulta interesante recordar que la Asamblea General le había solicitado en 1947 a la Comisión de Derecho Internacional que preparase un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Un primer proyecto, adoptado en 1954, enumeraba una serie de actos que a juicio de la Comisión comportaban crímenes del derecho internacional que comprometían la responsabilidad penal individual. Entre tales actos se enunciaba el hecho, por las autoridades de un Estado, de llevar a cabo o apoyar actividades terroristas en otro Estado, o el hecho, para la autoridades de un Estado, de tolerar actividades organizadas con el objeto de perpetrar actos terroristas en otro Estado. Este proyecto —debido a vinculaciones con la definición de agresión— no fue conside-

rado en particular, aun cuando se recibieron comentarios de los Estados, y recién en 1981 la Asamblea General pidió a la Comisión que retomase el tema. Sobre la base de los Informes preparados por el relator especial, en 1996 la Comisión adoptó el proyecto final en primera lectura. Entre las categorías de crímenes que a juicio de este organismo subsidiario pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacionales nuevamente se incluía al terrorismo internacional. Sin embargo, los comentarios de los Estados al proyecto impulsaron a la Comisión a que en segunda lectura considerase que sólo debía retener los crímenes cuya gravedad era reconocida a ese momento por todos los Estados; entendiendo por tales a la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El terrorismo internacional quedaba excluido de esta categoría. Durante los debates que llevaron a la adopción en Roma del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴¹ nuevamente se planteó la cuestión de incluir al terrorismo internacional como uno de los crímenes de competencia de este Tribunal. Ello no obstante, al no alcanzarse el consenso, sólo se adoptó una Resolución como parte del Acta Final de la Conferencia en la que se prevé el examen de la cuestión con miras a su incorporación al Estatuto una vez que éste haya entrado en vigor⁴². Por ende, en principio, la voluntad de los Estados no parecería haberse inclinado en aquel momento por el ejercicio de una jurisdicción internacional en el supuesto en que un Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no pueda hacer comparecer al acusado, no disponga de pruebas y los testimonios necesarios o no esté por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio⁴³.

En el mismo momento en que los Estados adoptaban esta posición en el ámbito de la Conferencia de Roma, en el Consejo de Seguridad se decidía en modo concordante. A la luz de ello, cabría entender que si se cometiese el crimen de terrorismo internacional, la capacidad de juzgar podría ser ejercida no ya por una jurisdicción internacional sino por la jurisdicción doméstica de otro Estado. En ese sentido, la situación en Afganistán, el accionar de Usama bin Laden y las resoluciones del Consejo de Seguridad constituyen un indicio de las jurisdicciones que serían pertinentes para entender en tales actos.

Luego del retiro de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de Afganistán en 1989 la situación interna paulatinamente se fue degradando por

⁴¹ El Estatuto se adoptó en la Conferencia Diplomática realizada bajo los auspicios de las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998; A/ CONF. 183/ 9.

⁴² El Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1º de julio de 2002; hasta diciembre 2002, cuenta con 139 Estados signatarios y 85 Estados partes; la Primera Asamblea de Estados Parte elige a los jueces y al fiscal en febrero de 2003 con lo que este Tribunal quedará formalmente constituido.

⁴³ Estatuto de la Corte Penal Internacional, supuesto de admisibilidad para los crímenes de competencia del Tribunal contemplado en el art. 17. 3.

enfrentamientos entre los distintos grupos étnicos que habitan el país ⁴⁴. En 1996 el Consejo de Seguridad ⁴⁵ expresó su preocupación ante la continuación de los combates e instó a todas las partes afganas a que resolviesen sus diferencias por medios pacíficos y a que lograsen la reconciliación mediante el diálogo político, cesando de inmediato las hostilidades armadas. El Consejo reiteró que la continuación de este conflicto creaba un campo propicio para el terrorismo y el tráfico de estupefacientes que son causa de desestabilización en la región y fuera de ella, instando a los dirigentes de todas las partes afganas a poner fin a esas actividades. Asimismo alentó a todos los Estados y organizaciones internacionales a promover la paz en el Afganistán y a dar apoyo a las gestiones de las Naciones Unidas encaminadas a ese fin. Luego de los atentados del 7 de agosto de 1998 en Nairobi (Kenya) y en Dar-es-Salam (Tanzania), el Consejo de Seguridad ⁴⁶ subrayó la obligación de todos los Estados de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos y de permitir actividades organizadas en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos e hizo un llamamiento a todos los Estados para que adoptasen con carácter prioritario medidas eficaces y prácticas para la cooperación en materia de seguridad y la prevención de ese tipo de actos de terrorismo así como para el enjuiciamiento y castigo de sus autores. Muy pocos días después el órgano volvió a ocuparse del deterioro de la situación en Afganistán ⁴⁷, en particular, a raíz de la ofensiva de los talibanes en la zona septentrional del país, expresando su profunda preocupación por la permanencia de terroristas en el territorio. De este modo, exigió a las facciones afganas que se abstuviesen de acoger y entrenar a terroristas y sus or-

⁴⁴ La presencia soviética databa de 1979, cuando la U.R.S.S. afirmaba haber sido llamada por el gobierno de Afganistán para asistirlo ante un movimiento insurgente *mujahideen*. Luego de que la Asamblea General en 1980 deploró la intervención de tropas extranjeras en la región, en 1981 el secretario general designó a un representante personal para que intentase una misión de buenos oficios ante las partes involucradas. De este modo se iniciaron las negociaciones que llevaron a los Acuerdos de Ginebra, al anunciar en febrero de 1988 la U.R.S.S. su voluntad de comenzar a retirar sus tropas de Afganistán; en ellos se solicitaba la asistencia de la Organización. La resolución 622 (1988) del Consejo de Seguridad creó la Misión de Buenos Oficios de las Naciones Unidas en el Afganistán y el Pakistán (U.N.G.O.M.A.P.), con el mandato de asistir al representante del secretario general en la prestación de sus buenos oficios a las partes para asegurar la observancia de los convenios sobre el arreglo de la situación relativa a Afganistán y, en ese contexto, investigar posibles violaciones de cualquiera de las disposiciones de esos instrumentos e informar acerca de ellas. En 1996 los talibanes derrocaron al presidente Burhanuddin Rabbani, quien tomó el camino del exilio, pero los enfrentamientos armados continuaron con la Alianza del Norte, integrada por las etnias *tadjika*, *uzbeka*, *hazara* y *turkmena* que representan, respectivamente, el 25%, el 8%, el 19% y el 10% de la población del país. La mayoría, un 38%, corresponde a la etnia *pashtun*. El secretario general y su representante personal intentaron continuar en contacto con todas las partes en la búsqueda de una solución global a la situación.

⁴⁵ Consejo de Seguridad, resolución 1076 (1996).

⁴⁶ *Ibid.*, resolución 1189 (1998).

⁴⁷ *Ibid.*, 1193 (1998).

ganizaciones; que pusiesen término a las actividades ilegales relacionadas con los estupefacientes; y reafirmó que todas las partes en el conflicto estaban obligadas a observar el derecho internacional humanitario y, en particular, los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Asimismo señaló que las personas que cometan u ordenen graves infracciones de los Convenios son responsables de tales infracciones a título individual. No obstante estas exhortaciones, la situación continuó deteriorándose por lo que nuevamente el Consejo de Seguridad⁴⁸ exigió que se pusiese fin a los enfrentamientos, se concertase una cesación del fuego y se reanudasen las negociaciones bajo los auspicios de las Naciones Unidas para establecer un gobierno de amplia base, plenamente representativo. En esta resolución se exigió —no ya a todas las facciones afganas como se había solicitado en la resolución 1193 (1998) sino a los talibanes— que se abstuviesen de dar santuario y adiestrar a terroristas internacionales y sus organizaciones, agregándose que todas las facciones afganas debían cooperar con los esfuerzos para enjuiciar a los inculpados de actos de terrorismo. El Consejo expresó que si una vez más no se cumplían sus solicitudes estaba dispuesto a considerar la imposición de medidas de conformidad con la responsabilidad que se le encomienda en la Carta. Y estas medidas coercitivas —que no implican el uso de la fuerza armada— fueron adoptadas el 25 de octubre de 1999⁴⁹. En efecto, el órgano expresó actuar en virtud del Capítulo VII de la Carta al determinar que el hecho de que las autoridades talibanes no hubiesen respondido a su requerimiento de abstenerse de dar santuario y adiestrar a terroristas internacionales y sus organizaciones y cooperar para enjuiciar a los inculpados constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, exigiendo —concretamente— la entrega de Usama bin Laden (*sic*) a las autoridades competentes de un país donde haya sido objeto de un auto de acusación o a las autoridades competentes de un país a donde haya de ser devuelto o a las autoridades competentes de un país donde sea detenido y enjuiciado. Esta resolución se reafirmó el 19 de diciembre de 2000⁵⁰, recordándose las convenciones internacionales contra el terrorismo y, en particular, las obligaciones de las partes en esas convenciones de extraditar o procesar a los terroristas. En ese sentido el Consejo deploró el hecho de que los talibanes siguiesen proporcionando un refugio seguro a Usama bin Laden (*sic*) y tomó nota del auto de acusación de los Estados Unidos contra Usama bin Laden y sus asociados por la colocación de bombas en las embajadas de ese país en Nairobi y Dar-es-Salam y por conspirar contra la vida de ciudadanos norteamericanos fuera de los Estados Unidos así como de la petición de este país a los talibanes para que los entreguen a fin de ser procesados. Por ende, siempre expresando actuar en virtud del Capítulo VII,

⁴⁸ *Ibid.*, 1214 (1998).

⁴⁹ *Ibid.*, resolución 1267 (1999); las medidas comportaban la prohibición de despegue o aterrizaje en los Estados miembros de aeronaves de los talibanes y el congelamiento de sus fondos y otros recursos financieros.

⁵⁰ *Ibid.*, resolución 1333 (2000).

reiteró su exigencia de que se entregase a Usama bin Laden a alguno de los países que se habían señalado como posibilidades alternativas en la resolución 1267 (1999), lo que —por cierto— incluía ahora expresamente a los Estados Unidos, decretando nuevas medidas coercitivas que no implican el uso de la fuerza armada, entre las que se cuenta el congelamiento sin demora de los fondos y otros activos financieros de Usama bin Laden y de las personas y entidades con él asociados, incluidos los de la organización Al-Quaida (*sic*).

Es decir que de estas decisiones del Consejo de Seguridad emerge la obligación de juzgar a los imputados por actos de terrorismo internacional, aun en el supuesto de un Estado desestructurado por años de combate, en el que las conductas de los individuos o grupos de individuos no le fuesen imputables ni como órganos *de jure*, ni como órganos *de facto*. En efecto, difícilmente la conducta de Al-Quaida como tal pueda ser atribuida a los talibanes aun cuando éstos constituyesen el gobierno *de facto* de Afganistán, controlando en aquel momento el 90% del territorio del país ⁵¹. Tal como lo había advertido el Consejo de Seguridad, la responsabilidad del talibán —en tanto que gobierno *de facto*— radicaba en no haber impedido que en el territorio que controlaba encontrasen santuario y se adiestrasen terroristas internacionales. Así, en el caso de Afganistán, el ejercicio de la jurisdicción correspondería al Estado que ha sufrido las consecuencias de la violación de la norma y que —en virtud de su ordenamiento interno— ha dictado un auto de acusación. Esta obligación conlleva, entonces, el derecho de reclamar la extradición y —si no fuese otorgada— ante la falta de adopción de nuevas medidas que fuesen eficaces por el Consejo de Seguridad, en la especie, el ejercicio de la capacidad del Estado en cuestión de recurrir a todos los medios —necesarios y proporcionados— para obtenerla.

En efecto, luego de los tremendos hechos del 11 de septiembre de 2001, el órgano —en lugar de adoptar nuevas medidas en aplicación del Capítulo VII de la Carta— se limitó a condenar los ataques que tuvieron lugar en Nueva York, Washington D.C. y Pennsylvania y no obstante considerar —una vez más— que cualquier acto de terrorismo internacional constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, reconoció el derecho de legítima defensa individual y colectiva de conformidad con las Carta de las Naciones Unidas ⁵². Esta Declaración del órgano revelaría una imposibilidad política de tomar otro tipo de medidas que las adoptadas hasta ese momento y por tal vía abría el camino a la acción —una vez más— de una coalición de Estados liderada por los Estados Unidos ⁵³. Una ac-

⁵¹ Los talibanes sólo habían sido reconocidos como gobierno de Afganistán por Pakistán y los Emiratos Árabes Unidos. Ante Naciones Unidas se seguía reconociendo como gobierno legítimo al del presidente Rabbani, derrocado en 1996, y a la Alianza del Norte a la que pertenecía.

⁵² *Ibid.*, resolución 1368 (2001).

ción no sólo con alcance penal, sino también militar en el territorio de Afganistán contra el talibán ⁵⁴.

Aun cuando el empleo de la fuerza armada, al menos hasta el momento en que se escriben estas líneas, no dio como resultado el apresamiento y enjuiciamiento de Usama bin Laden, contribuyó en alguna medida a los esfuerzos para el establecimiento de una administración nueva en Afganistán que conduzca a la formación de un gobierno de base amplia; esfuerzos en los que —de larga data— se encontraba empeñada la Organización de las Naciones Unidas. En efecto, el 5 de diciembre de 2001 se firmó en Bonn el Acuerdo sobre las disposiciones provisionales en el Afganistán para el restablecimiento de las instituciones permanentes de gobierno ⁵⁵.

Sin dejar de lado la responsabilidad de las personas acusadas por actos de terrorismo internacional, sus conductas no podían imputarse al Estado en cuyo territorio se cobijaban. Así, no cabría interpretar a las medidas adoptadas como una presión contra éste sino contra quienes ejercían una autoridad de hecho y, aun, quizás en un futuro pudiese considerarse que favorecieron el restablecimiento de instituciones efectivamente permanentes de gobierno. Ello no obstante, las afirmaciones del secretario general de la ONU en relación a otro conflicto, al terminar el año 1999, en el discurso ante la Asamblea General, parecen mantener toda su vigencia. Kofi Annan expresó en aquel momento que “a los que sostienen que la actuación en Kosovo inició una nueva era en la que Estados y grupos de Estados pueden ejercer acciones militares fuera de los mecanismos establecidos para hacer cumplir la ley internacional, cabría preguntarles: No existe el peligro de que estas intervenciones socaven el imperfecto y sin embargo resistente sistema de seguridad creado después de la Segunda Guerra Mundial, constituyendo un peligroso precedente para futuras intervenciones sin un claro criterio para decidir quién puede invocar estos precedentes y en qué circunstancias”. El “sistema” de derecho internacional, al menos, debería mantenerse si no se desean vulnerar los cimientos mismos de una incipiente comunidad internacional.

⁵³ La “Operación Libertad Duradera”, que en la práctica favoreció a la Alianza del Norte en su lucha armada contra el talibán, se inició con los bombardeos sobre Afganistán del 7/10/2001.

⁵⁴ Desde el punto de vista del *jus ad bellum* la acción encuentra sustento en la figura de la legítima defensa, regulada en el art. 51 de la Carta. En lo que hace al *jus in bellum* cabe tipificarla como un conflicto armado internacional al que le son aplicables los Convenios de Ginebra de 1949 —con excepción del art. 3 común— para la protección de las víctimas de los conflictos armados.

⁵⁵ El Acuerdo de Bonn, firmado en presencia del representante especial del secretario general, fue acogido con beneplácito y hecho suyo por el Consejo de Seguridad en la resolución 1383 (2001), asumiendo formalmente el poder la Autoridad Provisional el 22/12/2001. En el Anexo I del Acuerdo se solicitó al Consejo de Seguridad el despliegue de una fuerza de las Naciones Unidas para asistir al mantenimiento de la seguridad en Kabul y áreas próximas.

2. La jurisdicción

El ejercicio irrestricto del derecho al empleo de la fuerza por todos y cada uno de los Estados, llevó a dos conflagraciones a nivel mundial. Así, en 1914 y 1939, la crisis fue global. La descentralización del ordenamiento jurídico internacional positivo, por ende, siempre podría generar una crisis y la crisis conducir a la guerra; sea como método de solución de diferendos, sea como instrumento de política nacional. Si en 1945 se deseaba mantener la paz y la seguridad internacionales, el contenido y alcance del derecho positivo debía variar; lo que sólo sería posible si los Estados así lo acordasen. Y este acuerdo, al menos en cuanto su objeto y fin fuese el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el reconocimiento de los derechos esenciales de la persona humana no podría ser un instrumento jurídico que se enmarcase exclusivamente en un derecho internacional de coordinación en el que todas las normas tuviesen la naturaleza de dispositivas. Si realmente se deseara preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, si realmente se entendiese que la paz constituye un valor común que merece ser tutelado jurídicamente, si el ser humano ha de ser respetado al menos en sus derechos fundamentales, el nuevo acuerdo al que se llegase tendría que contemplar una categoría distinta de normas jurídicas; normas que fuesen aceptadas y reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto como reglas que, al tutelar ese bien común, no admitan acuerdo en contrario, pudiendo ser modificadas sólo por otra norma que tuviese el mismo carácter. La noción de orden público, la existencia de una categoría jurídica que no pueda ser derogada si no se quiere conmover hasta sus fundamentos el orden social, tendría que tener cabida en el derecho internacional positivo. No aceptar esta realidad podría conducir a una tercera conflagración a nivel mundial.

La alternativa en 1945 fue, entonces, la de acordar —en ejercicio de las soberanías estatales⁵⁶— el establecimiento de un tipo peculiar de asociación en el que la centralización del uso de la fuerza es la regla para el ámbito internacional. Un ordenamiento positivo —fruto de la voluntad política de haber comprendido y aceptado que un empleo descentralizado de la fuerza sólo podía conducir a la

El Consejo de Seguridad, en la resolución 1386 (2001), determinando que la situación en el Afganistán sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, autorizó el establecimiento durante 6 meses de una fuerza internacional de asistencia para la seguridad que apoye a la Autoridad Provisional afgana en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y las zonas circundantes, para que la Autoridad Provisional afgana y el personal de las Naciones Unidas puedan realizar sus actividades en un entorno seguro. A más, el Consejo autorizó a los Estados miembros que participen en la fuerza internacional a adoptar todas las medidas necesarias para cumplir su mandato, lo que en el lenguaje del órgano implica la autorización del uso de la fuerza armada cuando fuese necesario; véase el texto del Acuerdo en <http://www.uno.de/frieden/afghanistan/talks/agreement.htm>

⁵⁶ Carta ONU, art. 2.1.

destrucción total— en el que las obligaciones contraídas en virtud de él necesariamente debían prevalecer sobre cualquier otro convenio internacional ⁵⁷; un ordenamiento positivo en el que un órgano fuese el responsable primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales ⁵⁸ y cuyas decisiones en ese ámbito fuesen vinculantes ⁵⁹. Los hechos de la Segunda Guerra Mundial pusieron en evidencia la importancia de valores tales como la paz o la dignidad de la persona humana para la comunidad internacional. Su reconocimiento en el orden normativo de la Carta y su aceptación por esa comunidad internacional les dieron el carácter de imperativas a las normas jurídicas que los reflejan y amparan. Ellas no admiten acuerdo en contrario si no se desea conmover los cimientos mismos de la humanidad. Las normas imperativas, entonces, comportan un límite a la voluntad soberana de los Estados.

Ahora bien, la identificación de una norma como imperativa emana de la *opinio iuris* de la comunidad internacional en su conjunto y conforme al derecho positivo las disposiciones contrarias a esta categoría de reglas de derecho son nulas o terminan ⁶⁰ pero distinto es el problema que se plantea al intentar determinar que una regla de tal naturaleza ha sido violada y que, en consecuencia, se ha cometido un crimen internacional.

En ese sentido, cabe tener en cuenta que el sistema de derecho internacional contemporáneo se basa —por un lado— en un mecanismo de cooperación, propio de un ordenamiento descentralizado en el que las normas son dispositivas, y —por el otro— en la capacidad delegada en el Consejo de Seguridad de determinar que un hecho o una situación configuran una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión. Por cierto que la eficacia del sistema está condicionada por la actividad de este órgano de las Naciones Unidas; es decir, por el ejercicio de la función que normativamente se le ha otorgado de decidir la aplicación de medidas colectivas de tipo coercitivo, previniendo y eliminando amenazas a la paz y suprimiendo actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz ⁶¹. Ante su inacción, los Estados conservan el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva. Por ello, la cooperación entre los Miembros permanentes en la comprensión de los intereses vitales a la humanidad es imprescindible.

Así como la identificación de la naturaleza de una norma como imperativa emerge de una *opinio iuris* generalizada que encierra un juicio de valor sobre

⁵⁷ *Ibid.*, art. 103.

⁵⁸ *Ibid.*, art. 24.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 25.

⁶⁰ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, arts. 53 y 64.

⁶¹ El art. 27 de la Carta establece que las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones que no son de procedimiento serán tomadas por el voto afirmativo de nueve Miembros, incluso los votos afirmativos de todos los Miembros permanentes; esto es, la República de China, Francia, la Federación Rusa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América.

intereses esenciales a la existencia misma de la comunidad internacional, la determinación de que un concreto hecho o una situación configura un crimen internacional en razón de haberse violado una regla de *jus cogens* se enfrenta a tal realidad del sistema normativo internacional. Parecería no ofrecer dudas que la capacidad jurídica del Consejo de Seguridad de determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, comportaría un juicio de que ese hecho o esa situación constituyen un crimen internacional. Sin embargo, este "juicio" del Consejo de Seguridad no tiene una naturaleza jurisdiccional sino política y, por ende, la comisión de crímenes internacionales —sea por personas, sea por Estados— sólo se verifica en ese ámbito si media el consenso de los Miembros permanentes. En ese sentido, cabe recordar que ya en 1999 —durante los bombardeos de la OTAN a Yugoslavia— el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas se lamentaba en La Haya ⁶² de la reciente tendencia evidenciada por el Consejo de Seguridad a no involucrarse en esfuerzos encaminados a mantener la paz y la seguridad internacionales. Al respecto señalaba que el caso de Kosovo había puesto de relieve el hecho de que los Estados miembros y las organizaciones regionales llevaban a cabo, a veces, acciones coercitivas sin la autorización del Consejo de Seguridad ⁶³, considerando que la proliferación de acuerdos regionales y subregionales, la preferencia de las así llamadas *coalitions of the willing* (coaliciones de aquellos que están dispuestos a participar), el aumento de opiniones divergentes en el seno del Consejo y el surgimiento del super-poder único y de nuevos poderes regionales habían contribuido a la actual situación, concluyendo que la elección no debía estar entre la unidad del Consejo y la inacción ante el genocidio —como en el caso de Ruanda— por un lado; o la división del Consejo, y la acción regional, como en el caso de Kosovo, por el otro. En ambos supuestos, afirmaba, los Estados miembros de las Naciones Unidas deberán encontrar un terreno común en el mantenimiento de los principios de la Carta y lograr la unidad en la defensa de nuestra común humanidad ⁶⁴.

En consecuencia, el silencio del órgano ante la imposibilidad de lograr el consenso entre los Miembros permanentes —por ilegítimo que pudiese ser apreciado— podría abrir el camino a la valoración por un Estado de la conducta de otros, sin que tal valoración necesariamente emanase de quien sufrió directamente a raíz de la violación de una norma imperativa sino de todo aquel que se sintiese habilitado para exigir el cese del ilícito —o para juzgar y sancionar— en una suerte de *actio popularis*. Es decir, la capacidad de cualquier Estado o coalición de Estados para actuar en defensa de lo que se entendiese como el "interés gene-

⁶² Discurso pronunciado en el centenario de la primera Conferencia Internacional de la Paz, La Haya, 18/5/1999, en ANNAN, Kofi A., *El problema de la intervención. Declaraciones del Secretario General*, Naciones Unidas, 1999, pp. 33 y sigs.

⁶³ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 39-40.

ral". Una política de poder podría desear vestirse con los hábitos de la legalidad al amparo de la legítima defensa.

Es decir que en el estado actual del derecho internacional cabría interpretar que, por cierto, el Consejo de Seguridad está habilitado para determinar la comisión de un crimen internacional al establecer que un hecho o una situación configuran una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión pero que —ante su silencio, sea para efectuar tal determinación, sea para adoptar medidas coercitivas eficaces— cualquier Estado o grupo de Estados goza de la capacidad de juzgar el comportamiento de los demás y, por ende, de actuar.

En ese sentido bueno es recordar dos ramas del derecho internacional en las que las violaciones de sus normas imperativas se consideran crímenes de la más grave trascendencia internacional para cuyo juzgamiento —subsidiario y complementario de las jurisdicciones internas— se ha instituido por tratado un tribunal internacional. Esto es, la Corte Penal Internacional. Así, las infracciones graves al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos —de fuente convencional o consuetudinaria— integran el derecho internacional penal, generando la responsabilidad internacional del individuo que las cometa o dé la orden de cometerlas; y ello, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado del que fuese agente. Al respecto cabe recordar que los individuos no sólo ven reconocidos sus derechos en virtud del ordenamiento jurídico positivo internacional a partir de que entró en vigor la Carta de la Organización de las Naciones Unidas ⁶⁵, sino que también tienen concretas obligaciones. La violación de estas obligaciones compromete su responsabilidad en razón de la gravedad de los actos para la comunidad internacional toda. Por ende, su comisión no puede quedar impune. El juzgamiento de los presuntos responsables tiene una doble finalidad; sancionar al imputado —a través de un juicio en el que se respeten las reglas del debido proceso ⁶⁶— a la par que prevenir la reiteración de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Si bien es cierto que al menos en lo que hace a las infracciones graves del derecho internacional humanitario —los crímenes de guerra— los Estados en cuyo territorio se encuentren acusados de haber cometido este tipo de actos están obligados por el derecho internacional general a juzgarlos o, en su caso, a darlos a juzgar a otro Estado ⁶⁷,

⁶⁵ Carta, art. 1.3.

⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.

⁶⁷ Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre protección a las víctimas de los conflictos armados contienen expresamente esta obligación de juzgar o dar a juzgar —Convenios I/ 49; II/ 50; III/ 129; IV/ 146— la que no sólo es de carácter convencional sino que también es una obligación del derecho internacional general oponible a todos los Estados en razón de que el contenido de los Convenios, por el hecho de su aceptación generalizada, ha adquirido el carácter de derecho consuetudinario; véase, C.I.J., caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, "Nicaragua c. Estados Unidos", *Recueil*, 1986, parág. 218. Otros tratados internacionales que tipifican crímenes internacionales tales como la tortura o la desaparición forzada de personas contienen idéntica obligación entre los Estados que se encuentran vinculados por dichos tratados.

las Partes al Estatuto de la Corte Penal Internacional han consentido que, en caso de no ser juzgados en su territorio, sea este Tribunal Internacional quien asuma jurisdicción y competencia. Y no sólo le han otorgado dicha jurisdicción y competencia a la Corte para este tipo de crímenes, sino también en lo que hace al crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y —en su momento— el crimen de agresión⁶⁸, acordando que los crímenes de su competencia son imprescriptibles⁶⁹.

Ahora bien, a la luz de la lamentable experiencia de la proliferación en las últimas décadas de actos de terrorismo internacional de inusual gravedad, parecería indudable que tales actos también constituyen al presente crímenes. El hecho de que no sea posible tipificar este tipo de actos como crímenes de guerra o como crímenes de lesa humanidad no parecería llevar, necesariamente, a la conclusión de que su comisión excede el ámbito del derecho internacional penal y queda librada exclusivamente a la jurisdicción doméstica de los Estados.

En efecto, resulta indudable el hecho de que tensiones existentes en el escenario internacional se manifiestan en actos y actividades de tal carácter, planteando una amenaza directa al orden internacional. Por esta sola circunstancia merecerían ser no sólo regulados por el derecho internacional, comprometiendo la responsabilidad de los individuos que los llevasen a cabo sin perjuicio de la de los Estados por cuenta de quienes —eventualmente— ellos pudiesen actuar. En efecto, si la prevención y sanción de actos y actividades de terrorismo internacional son esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, la implicación de Estados en actos y actividades terroristas contra otro Estado por acción u omisión también podría constituir un crimen internacional.

En ese sentido, el establecimiento de la Corte Penal Internacional con competencia para conocer en los crímenes más graves de trascendencia internacional en modo complementario de las jurisdicciones penales nacionales debería motivar a los Estados parte a recordar el compromiso asumido en el momento de adoptar en Roma el texto del tratado que la instituye y considerar sin demora la incorporación en su competencia de los actos de terrorismo internacional. En ese contexto cabe destacar que a la par que en el Estatuto se tipifican directamente crímenes del derecho internacional se establece la obligación de los Estados parte de juzgar a quienes los cometan —cuando los hechos inculcados transcurran en su territorio o el acusado sea su nacional— o darlos a juzgar a la Corte Penal Internacional. Por otra parte, se establece una obligación de cooperar con este Tribunal en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia. En la primera Asamblea de los Estados parte, celebrada en octubre de 2002, se aprobaron por consenso las Reglas de Procedimiento y Prueba que aplicará la Corte y los Elementos de los Crímenes de su competencia. Cuando en el próximo mes de febrero de 2003 se elijan los dieciocho magistrados —con reconocida

⁶⁸ Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 5.

⁶⁹ *Ibid.*, art. 29.

competencia en derecho y procedimiento penal y en derecho internacional— así como el fiscal, este tribunal quedará en condiciones de comenzar su actuación.

Ahora bien, quienes se inclinan por no reconocer la jurisdicción de la Corte —y por ende, su competencia— prefiriendo que el juzgamiento de quienes cometan crímenes internacionales quede librado a las normas de cooperación vigentes, sostienen que si bien no es un órgano de las Naciones Unidas, ya que está vinculada con la Organización por un acuerdo, no se trata en realidad de un órgano judicial que goce de total independencia. Para tal afirmación se basan en que los jueces serán elegidos directamente por los gobiernos ⁷⁰; lo que comportaría una decisión de naturaleza política que dificultaría una total independencia en el ejercicio de la función. Por otra parte señalan que, de conformidad con el Estatuto, el Consejo de Seguridad tiene la capacidad de decidir enviar a la Corte para su conocimiento una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de su competencia pero también puede decidir la suspensión por un plazo máximo de doce meses de una investigación o un enjuiciamiento; suspensión que podrá ser renovada en las mismas condiciones ⁷¹. En ese sentido cabe señalar que uno de los Estados que inicialmente participó activamente del establecimiento de jurisdicciones penales internacionales ⁷² —los Estados Unidos de América— luego de hacer saber al secretario de la ONU, como depositario del Estatuto, su voluntad de no llegar a ser parte de la Corte Penal Internacional ⁷³, impulsó en tanto que uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad la adopción de una decisión de este órgano político ⁷⁴, pocos días después de la entrada en vigor del Estatuto, en aplicación de estas facultades. Así, el órgano, actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de

⁷⁰ *Ibid.*, arts. 36 y 112.

⁷¹ *Ibid.*, arts. 13 y 16.

⁷² Véanse debates en el Consejo de Seguridad con motivo del establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda; así como los antecedentes de la Conferencia de Moscú de 1943 que dieron lugar a la institución de los Tribunales de Nuremberg y Tokio.

⁷³ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, art. 18; véase comunicación recibida el 6/5/2002 según la cual "*the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary's status lists relating to this treaty*". En similares términos también comunicó Israel el 28/8/2002 su voluntad de no ser parte en el tratado.

⁷⁴ Consejo de Seguridad, resolución 1422 (2002).

2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario. Asimismo, en esta Resolución, se dejó sentada —anticipadamente— la intención de renovar en las mismas condiciones, el 1º de julio de cada año, esta petición para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que sea necesario. Si bien es cierto que conforme a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, las decisiones del Consejo de Seguridad son vinculantes para los Estados miembros y han de prevalecer sobre cualquier otro convenio internacional⁷⁵, por lo que no parecería necesario en derecho aclaración alguna en tal sentido, en esta Resolución el órgano expresamente adoptó una decisión con tal alcance al establecer que los Estados miembros no habrán de tomar ninguna medida que no esté en consonancia con lo que en ella se decide. Esto es, una suerte de eventual impunidad anticipada ante la jurisdicción internacional para las personas que integren contingentes provistos a la Organización por Estados miembros que no sean parte de la Corte Penal Internacional.

En ese sentido cabe recordar que el derecho internacional general —en el que se enmarca como una de sus ramas el derecho internacional penal— es un sistema integrado a partir de la entrada en vigor de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas por dos subsistemas. Es decir, un subsistema de coordinación y cooperación, absolutamente descentralizado y basado en el principio de la igualdad soberana de los Estados, y un subsistema de cuasi subordinación cuyo único ámbito de validez material es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Dentro de este segundo subsistema se inscriben las facultades del Consejo de Seguridad y la capacidad en derecho de adoptar decisiones obligatorias. Esta capacidad, si bien de naturaleza jurídica en tanto se apoya en una norma jurídica convencional —la Carta de la ONU— en su ejercicio es de naturaleza política ya que para ello se requieren los votos afirmativos de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de los miembros permanentes. La falta de una total independencia del tribunal en relación al órgano político, es uno de los argumentos que se invocan en apoyo de la decisión de no llegar a ser parte del tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional.

IV. CONCLUSIONES

La comunidad internacional se enfrenta, en el inicio de este siglo XXI, a nuevas amenazas que parecerían minar el sistema de seguridad colectiva instituido en 1945. Sin embargo, bueno es recordar que los Estados llegaron a tal acuerdo luego de que el mundo se enfrentara a los horrores de dos guerras mundiales, frente a las cuales un derecho internacional descentralizado no contó con herramienta alguna para evitarlas.

⁷⁵ Carta, art. 103.

La triste experiencia del pasado impulsó a constituir una comunidad internacional en la que los intereses esenciales debían ser tutelados por el ordenamiento jurídico y en la que un tercero tendría la capacidad de determinar los hechos y las situaciones que podrían vulnerarlos, adoptando las medidas coercitivas que entendiese pertinentes para prevenir y eliminar amenazas a la paz.

La legítima defensa, si bien un derecho inalienable de todo Estado, no debería dar lugar a que el Consejo de Seguridad se sintiese en algún modo liberado de ejercer la responsabilidad primordial que se le ha confiado. Como lo expresara el secretario general de la ONU ante la Asamblea General, en el quincuagésimo cuarto período de sesiones, ha resultado evidente que la adopción de medidas coercitivas sin autorización del Consejo de Seguridad amenaza la esencia misma del sistema internacional de seguridad cimentado en la Carta de las Naciones Unidas. Sólo la Carta ofrece una base jurídica de aceptación universal para el empleo de la fuerza.

Por ende, si bien el terrorismo internacional vulnera esos valores esenciales, y por ende su comisión constituye un crimen internacional, no sólo la determinación de la existencia de tales actos concierne a dicho órgano, si no que los responsables deberían ser juzgados y sancionados, pero de no ser ello posible —por la situación interna de un determinado Estado— todo parecería indicar que la Asamblea de los Estados parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional debería retomar el debate que dejó pendiente en Roma y, a la luz de los lamentables hechos de los últimos tiempos, reconsiderar su inclusión dentro de las competencias atribuidas a este Tribunal. La intervención del tercero, ajeno a los Estados, no sólo para determinar las amenazas a la paz, sino también para conocer en el juzgamiento de los responsables, podría constituir una contribución valiosa para la supervivencia de la comunidad internacional. Desde que todo juez es juez de su propia competencia, cabe confiar en que, una vez constituida la Corte, quienes la integren actúen como magistrados idóneos, imparciales e independientes de las partes y de los avatares políticos.

El frágil sistema adoptado en 1945 contiene, sin embargo, las herramientas jurídicas necesarias para seguir preservando a las generaciones venideras del flagelo de la guerra. Por cierto, para ello, es necesario contar siempre con la voluntad política de los Estados, pero es de esperar que sus gobiernos concuerden en la interpretación del bien común.

RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL, DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, POR UN ACTO DE AGRESIÓN MILITAR EN CONTRA DE IRAK, EN CONTRAVENCIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

por DANIEL-ERASMUS KHAN **

I. PLANTEO DEL PROBLEMA. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Los planes y preparativos en curso para arribar a una solución militar en el "caso Irak", nos plantean el interrogante acerca de si efectivamente, y con qué perspectivas, podrá atribuirse responsabilidad a las personas a cargo de desplegar dicha operación utilizando los métodos propios de la justicia penal.

Pueden vislumbrarse dos alternativas: (a) atribuir responsabilidad desde la óptica del derecho penal internacional, es decir, sobre la base de los hechos del caso determinar la capacidad de los agentes de ser perseguidos penalmente en el ámbito exclusivo del derecho internacional, con independencia de las normas internas de los Estados y de la posible responsabilidad internacional del propio Estado y (b) garantizar la incriminación de las personas a cargo de la ofensiva militar de acuerdo con los parámetros de la justicia penal nacional ¹. Esta distinción será utilizada en los párrafos que siguen a pesar de la reciente tendencia a interrelacionar ambas perspectivas legales, en particular, al incluir conductas generalmente punibles a través del derecho internacional en los diversos sistemas penales nacionales, así como al expandir el principio de jurisdicción universal y, con ello, los derechos de persecución de los diversos Estados. Hasta el momento, el proceso que marca esta tendencia no ha sido completado.

* Traducción de la versión inglesa de Cecilia Cristina Naddeo.

** Instituto de Derecho Internacional Público. Universidad de Munich (11 de marzo de 2003).

¹ Cf. SCHRÖDER, "Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen" ("Accountability, International Criminal Justice, Arbitration and Sanctions") en VITZTHUM, *Völkerrecht (International Law)*, 2001, con relación a la controvertida terminología en uso y a su sistematización en cada caso particular.

Para los propósitos de este análisis, desde la óptica del derecho internacional (y en su sentido más estricto) se presentan, fundamentalmente, los siguientes interrogantes de contenido legal:

1. ¿Cuáles son las características distintivas de las normas prohibitivas de derecho internacional que podrían verse vulneradas por una operación militar en Irak?; ¿se encuentran cubiertos los presupuestos de hecho previstos por dichas normas en el presente caso?

2. ¿Bajo qué condiciones puede una violación de dichas normas prohibitivas dar lugar a un reproche punitivo de carácter personal? (Ver, *infra*, sección III).

3. ¿Hasta qué punto pueden encontrarse razones en la identidad específica de la persona sujeta a ser acusada que justifiquen descartar toda imputación penal sobre ella? (Ver, *infra*, sección IV).

4. ¿Qué tribunales y/o permitirían, en el caso concreto, atribuir de manera concreta responsabilidad penal individual? (Ver, *infra*, sección V).

II. NORMAS PROHIBITIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

En derecho internacional, el uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales debe ser evaluado en concordancia con los estándares de *ius ad bellum* ("el derecho a la guerra") y de *ius in bello* ("los derechos en la guerra").

1. Violación de la prohibición de utilizar la fuerza

1.1 Definición legal de la prohibición

En el art. 2, n° 4 de la Carta de las Naciones Unidas la prohibición parcial sobre la guerra, que fuera desarrollada con anterioridad a la Primera Guerra Mundial, ha sido extendida hasta constituir una interdicción absoluta sobre el uso de la fuerza. Tal como fue afirmado por la Corte Internacional de Justicia², dicha prohibición se ha tornado una parte integral del derecho internacional general y, de esta forma, se aplica a todos los Estados con independencia de si se trata de Estados miembros de las Naciones Unidas; el derecho internacional actual incluye, de manera incontestable, una prohibición fundamental, y no meramente una restricción, sobre el uso de la fuerza militar como un medio para delinear las relaciones internacionales. Este cambio de paradigma también fue manifestado a través de la fuerte tendencia a reemplazar la terminología tradicional *ius ad bellum* por aquella que estipula un *ius contra bellum*.

² Sentencia definitiva en el caso "Nicaragua" del 27 de junio de 1986 (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*), ICJ Reports, con especial énfasis en los parágs. 172 y ss.

El rol de la prohibición sobre el uso de la fuerza, entendida como el pilar central del sistema legal internacional contemporáneo, ha sido reforzado, principalmente, a través del hecho de que la prohibición fue adscripta a la categoría denominada *ius cogens*, la cual simboliza un cuerpo de normas que no pueden ser desconocidas por los Estados, incluso tras haberse consensuado soluciones diferentes³. Más allá de lo antedicho, el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas dispone la preeminencia de las obligaciones derivadas de dicha Carta por sobre aquellas que provienen de otros acuerdos internacionales. En efecto, la necesaria incursión en actividades militares derivada (ostensiblemente) de la obligación de proveer apoyo a las iniciativas de la OTAN, es permisible sólo cuando dicha obligación no se encuentra en conflicto con la prohibición del uso de la fuerza prevista en la Carta de las Naciones Unidas. El mismo criterio ha de utilizarse sobre los derechos de libre paso aéreo sobre territorio alemán, garantizados por el art. 57, n° 1 del acuerdo complementario al Estatuto de las Fuerzas de la OTAN (*NATO Troops Statute*)⁴.

En el presente caso, es dudoso que el patrullaje de tropas a lo largo de la frontera iraquí y el escenario de amenaza militar así creado fueran suficientes para correlacionarse con la definición legal prevista en el art. 2. 4 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta norma sí prohíbe, incluso, "la amenaza del uso de la fuerza". Sin embargo, dada la ausencia de relevancia práctica⁵, el concepto no ha sido detallado aún a través de la formulación de un consenso general. En su mayor parte, esta definición legal alternativa fue, de manera apropiada, teleológicamente reducida al requerirse que, por lo menos, exista algún tipo de conexión ilícita entre la amenaza, por un lado y el objetivo perseguido, por el otro⁶. No es posible afirmar, de manera inmediata, la existencia de la citada conexión en el presente caso; para beneficio de los Estados Unidos y de otros Estados debe presumirse

³ Con relación a las normas de derecho imperativo (*ius cogens*) ver sólo KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht (Compulsory International Law)*, 1992, pp. 228 y ss.

⁴ De fecha 3 de agosto de 1959, BGBl, 1961-II, 1183. Su texto completo (y las sucesivas modificaciones) puede encontrarse, *inter alia*, en Sartorius II, *Internationale Verträge - Europarecht (International Agreements - European Law)*, N° 66.

⁵ Con relación al concepto de "amenaza del uso de la fuerza" ver sólo SADURSKA, "Threats of Force", *American Journal of International Law*, vol. 3, 1988, pp. 239 y ss.

⁶ Cf., por ejemplo, SCHACHTER, "The Right of States to Use Armed Force", *Michigan Law Review*, vol. 82, 1984, p. 1625. De acuerdo con este autor, la definición propuesta demanda la existencia de "una amenaza abierta y directa de usar la fuerza que busque intimar a otro Estado a ceder parte de su territorio o a realizar importantes concesiones políticas (...)". En su decisión sobre la legalidad de las armas nucleares ("Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons", *ICJ Reports*, 1966, pp. 226 y ss., en especial, los parágs. 37 y ss.), la Corte Internacional de Justicia también intentó adaptar el significado del uso de la fuerza relacionándolo el derecho de los Estados de legítima defensa. Cf., con relación al tema en su totalidad, SADURSKA, "Threats", cit., pp. 239 y ss.

que las tropas enviadas al Golfo tienen como único propósito hacer que Irak cumpla con las obligaciones legales que les fueran impuestas por las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y que se encuentran, actualmente, en vigor ⁷. En este caso, la amenaza busca obtener un objetivo declarado legítimo por las Naciones Unidas y, de esta manera, no puede ser calificada como inmersa en la definición dada por el art. 2. 4 (en su segunda versión de "amenaza del uso de la fuerza") de la Carta de las Naciones Unidas.

1.2. Argumentos para justificar la acción militar

Dada la situación legal, rígidamente definida e incontestada por los Estados Unidos, el debate en curso sobre los posibles escenarios en los cuales el uso de la fuerza puede todavía ser permitido ha virado, en su mayor parte, hacia la búsqueda de argumentos que justifiquen la acción militar. Actualmente, sólo dos de dichos argumentos han sido reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas ⁸. En primer lugar, el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, de acuerdo con el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas y, en segundo lugar, la posibilidad de ordenar medidas de coerción militar a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en consonancia con el Capítulo VII de la Carta (arts. 39 y sigs. de la Carta de las Naciones Unidas).

a) Existencia de una situación inmanente de legítima defensa en el sentido del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. La precondition para ejercer el derecho a la legítima defensa consiste en que el Estado que decida utilizar métodos de fuerza haya sido víctima de un "ataque armado". Dicho ataque debió haber sido desplegado desde el Estado en contra del cual las acciones militares de carácter retributivo han de recaer. No existe, aún, definición legal de la frase "ataque armado". Sin embargo, la Asamblea General de las Naciones Unidas desarrolló una "definición de agresión" en un documento complementario a su resolución 3314 (XXIX) del 14 de septiembre de 1974, la cual, de acuerdo con la opinión general, contiene importantes pautas para la interpretación del concepto central del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas ⁹. El peligro que representa Irak en

⁷ Las resoluciones fundamentales sobre Irak del Consejo de Seguridad son la resolución de cese del fuego n° 687 del año 1991 (que puso fin a la guerra autorizada por dicho Consejo para liberar a Kuwait) y la resolución 1441 del 8 de noviembre de 2002 en la cual se requirió a Irak, de manera urgente, su cooperación con las Naciones Unidas, en especial con los inspectores de armas de la OIEA.

⁸ Las denominadas "cláusulas sobre el Estado enemigo" que permiten el despliegue de medidas (incluso militares) de manera legítima en contra de los oponentes de las fuerzas aliadas de la Segunda Guerra Mundial (arts. 53 y 107 de la Carta de las Naciones Unidas) son, hoy en día, virtualmente obsoletas; de acuerdo con la abrumadora opinión prevalente.

⁹ Impreso en *Sartorius II (International Agreements - European Law)*, cit., n° 5.

este momento no puede subsumirse en ninguno de los actos ofensivos catalogados como ejemplos en el art. 3 de la resolución citada ni responde a la cláusula general contenida en el art. 1. En caso de aplicarse el art. 3¹⁰, de una manera similar, podría interpretarse la presencia de un acto de agresión sólo si el Estado territorial de Irak estuviera siendo utilizado actualmente como una base para futuros ataques terroristas, con la tolerancia expresa de su gobierno. Sin embargo, la carga de proveer pruebas concretas a ese efecto habrá de recaer sobre la parte que alega la existencia de un caso que constituiría una excepción a la prohibición de usar la fuerza. Dicha prueba no ha sido producida hasta el momento. Por supuesto, no existe una lista *numerus clausus* de definiciones de actos de agresión que justificarían el uso de una acción militar contraofensiva. Irak, sin embargo, tampoco responde a ninguna de las condiciones alternativas que constituyen un comportamiento agresivo conocido por el gobierno, ni puede ser encuadrado en condiciones similares o equivalentes discutidas actualmente en el ámbito académico. De todas maneras, el peligro abstracto que representa un Estado fuertemente armado y políticamente impredecible (al menos en términos relativos) no constituye, por sí mismo, un acto de agresión desde ningún punto de vista concebible.

b) Legítima defensa preventiva. Aun si se reconociera el derecho a desplegar acciones de legítima defensa de carácter preventivo (lo cual es altamente controvertido, principalmente dado el peligro de abuso que dicha interpretación puede acarrear¹¹), extendidas más allá de del texto literal del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, la mera posesión de cierto armamento no será motivo suficiente para emprender dicho tipo de acciones de acuerdo con el amplio consenso generado por las opiniones imperantes. Pueden existir ciertas situaciones en las cuales el uso de la fuerza con carácter preventivo no podría ser descartado *per se*, lo cual se ve representado, por ejemplo, en la situación hipotética tantas veces postulada (e incluso abusada) en el ámbito del derecho internacional: aquella del "ave de presa", el cual no puede simplemente permanecer inmóvil y esperar ser atacado por

¹⁰ Aquí, sin embargo, es necesario equiparar el peligro que representan ciertas organizaciones terroristas con aquel que representan los Estados. Esta opinión colisiona con considerables dificultades al apartarse del derecho internacional clásico; de todas maneras, es posible encontrar un importante número de razones abogando por su corrección (cf. el resumen de la postura actual en FROWEIN, "Des Terroismus als Herausforderung für das Völkerrecht" ("Terrorism as a challenge for International Law"), *ZaöRV*, 62, 2002, pp. 879, en especial, pp. 886 y ss.; ver también, el análisis comprensivo de la materia en KREES, "Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater" ("Prohibition of the Use of Force according to the Statute of the United Nations in the event of State involvement in the aggressive acts of private persons"), 1995.

¹¹ Cf. en este contexto sólo la prueba presentada por Hailbronner en "Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots" ("The limits of the prohibition of the use of force by international law") en *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (Reports of the German Society of Public International Law)*, vol. 26, 1986, pp. 80 y ss.

un depredador. Los requisitos mínimos para afirmar que tal situación de carácter extremadamente excepcional existe ya habían sido definidos en su actual formulación en el año 1842 durante el desarrollo de controversias diplomáticas entre los Estados Unidos y Gran Bretaña sobre el incidente "Caroline" ocurrido en 1837.¹² Tal situación requiere, por lo menos, una "*instant and overwhelming necessity of self-defense, leaving no choice of means, and no momento for deliberation*".

El derecho a emprender guerras de carácter preventivo bajo determinadas circunstancias, aun con amplia anticipación a todo posible ataque, defendido por el gobierno de los Estados Unidos en su nuevo plan de seguridad estratégica del mes de septiembre de 2002¹³ no es más que una proclamación unilateral que colisiona no sólo con el "criterio de urgencia" formulado en el caso "Caroline"¹⁴ sino que, asimismo, la llamada "doctrina Bush" cuestiona también los pilares de nuestro sistema actual para preservar la paz mundial¹⁵. La posibilidad de que esta doctrina sea fortalecida hasta convertirse en una norma válida, y la extensión de dicho fortalecimiento en el futuro, dependerá en gran medida de la reacción de otros Estados.

c) El principio de razonabilidad. Debe mencionarse aquí, y sólo a título subsidiario y complementario, que el ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa no es, de ninguna manera, ilimitado sino que, por el contrario, se encuentra siempre sujeto a los parámetros impuestos por el principio de razonabilidad. En palabras de la Corte Internacional de Justicia: "*There is a specific rule whereby self-defense would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law. This dual condition applies equally to article 51 of the Charter, whatever the means of force employed*"¹⁶.

¹² Cf., en este contexto, y sólo a los efectos de mayores pruebas, MENG, "The Caroline", *Enciclopedia de Derecho Internacional Público*, vol. I, 1992, pp. 537 y ss.

¹³ "Die nationale Sicherheitsstrategie der Vereinigten Staaten von America" ("The National Security Strategy of the United States of America").

¹⁴ En el caso de Estados "delincuentes" y terroristas, la opinión del gobierno de los Estados Unidos de acuerdo con los lineamientos de su nueva estrategia es "A mayor amenaza (dada la presencia de armas de destrucción masiva y actos de terrorismo), mayor es el riesgo que se corre a causa de la inacción; y más urgente se torna el argumento para proceder a una legítima defensa anticipada, aun si no es posible determinar con exactitud dónde y cuándo atacará el enemigo. Los Estados Unidos actuarán de manera preminente (*sic*) para desalentar actos hostiles por parte de nuestros enemigos o para prevenirlos" ("Estrategia de Seguridad", p. 23).

¹⁵ Cf. MURSWICK, "Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht" ("The American Preventive War Strategy and International Law"), *NJW*, n° 56, 2003, pp. 1014 y ss.

¹⁶ "Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons", *ICJ Reports*, 1966, pp. 226 y ss., en especial párrafo n° 41; ver también "The case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua", *ICJ Reports*, 1986, vol. 94, parág. 176.

De esta forma, aun en el caso de que se afirmara que una situación que requiera ejercer el derecho de legítima defensa en verdad existió, simplemente por la presencia de armas de destrucción masiva en Irak (lo cual, en la opinión de este autor, se trataría de una afirmación excesiva) el uso de la fuerza debería limitarse de manera estricta al objetivo de remover dichas armas y, en consecuencia, cualquier uso de la fuerza que exceda dicho objetivo deberá ser declarado irrazonable e irreconciliable con los postulados del art. 51 de la Carta.

d) Legitimación a través de una resolución del Consejo de Seguridad. Cuando una de las condiciones legales establecidas en el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas existe ("amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión") el uso de la fuerza puede también justificarse como una sanción militar en el sentido del art. 42 de la Carta. Con respecto a la pregunta acerca de si los prerequisites del art. 39 de la Carta se verifican de manera acabada en la realidad, el Consejo de Seguridad posee un amplio margen de discrecionalidad el cual, sin embargo, no es ilimitado, tal como lo afirma la opinión dominante¹⁷. Dado que el Consejo de Seguridad, en el presente caso, posee diversas opciones en torno a cómo debería reaccionar debe ser posible derivar de la resolución que determine la existencia de los requisitos exigidos, asimismo, la voluntad de recurrir precisamente a esos medios coactivos extremos. Mientras tanto, se ha reconocido de manera general (y esto debe interpretarse como un progreso en el constante desarrollo del derecho general de la Carta) que aquella orden destinada a impulsar el uso de la fuerza militar (excediendo el sentido literal del postulado en cuestión) no debe ser puesta en práctica por el propio Consejo; en cambio, el Consejo puede designar a otros Estados para que cumplan con su mandato. Sin embargo, no existe obligación legal alguna de participar en actividades militares de carácter coercitivo. El desarrollo de las mismas debe permanecer dentro de los límites del mandato estipulado y, además (al igual que en el caso de las medidas adoptadas en la línea de la legítima defensa individual o colectiva), dentro de los parámetros de la razonabilidad. Un mandato establecido bajo las previsiones del Capítulo VII no permite, de esta manera, ningún "exceso en el uso de la fuerza" no cubierto por los términos del mandato.

¹⁷ Cf., en relación al encendido debate sobre esta cuestión, con documentación comprensiva, FROWEIN y KRISCH, "Article 39" en SIMMA, "The Charter of the United Nations", 2º ed., 2002, parágs. 4 y ss. En su decisión del 2 de octubre de 1995 en el caso "Tadic", el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia afirmó, en este contexto (ILM 1996, 42): "It is clear from this text (article 39 of the United Nations Charter) that the Security Council plays a pivotal role and exercises a very wide discretion under this Article. But this does not mean that its powers are unlimited (...) neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as *legibus solutus*".

Ninguna resolución que justifique la coerción militar ha sido adoptada hasta el día de hoy. La resolución 1441 del año 2002 puede acarrear consecuencias serias en caso de que se exceda su marco normativo, el cual incluye la cooperación total con los inspectores de armamentos. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación apropiada, el Consejo de Seguridad debería revisar el asunto nuevamente a fin de determinar si tales ofensas existieron en verdad y, de ser afirmativo esto último, qué consecuencias serían las apropiadas. El argumento de que la resolución 678 de la Guerra del Golfo del año 1990 representa una autorización aún vigente de utilizar la fuerza en contra de Irak tampoco puede ser sostenido en el análisis final. En primer lugar, es, en verdad, extremadamente dudoso afirmar que una resolución adoptada más de doce años atrás (con motivo de la ocupación militar de Kuwait; resolución que fue redactada en una situación que presuponía un conjunto completamente diferente de hechos y planteos) puede ser utilizada hoy para justificar el uso de la fuerza. En segundo lugar, la conexión con la resolución 687 de cese del fuego ha demostrado que el permiso en cuestión exige ser renovado por el Consejo de Seguridad. El cumplimiento de los requisitos de esta última resolución, el cual puede ser el único asunto en cuestión hoy en día, es algo que el Consejo de Seguridad se ha reservado de manera explícita para sí mismo, afirmando que asumirá la responsabilidad de determinar "todos los pasos que sean necesarios para la implementación de esta resolución y para asegurar la paz y la seguridad en el área (de Irak y de Kuwait)". En último análisis, entonces, puede apreciarse que ninguna de las resoluciones del Consejo de Seguridad contiene un "gatillo oculto" para disparar acciones militares coercitivas en contra de Irak y que tal actividad requerirá, en todo caso, una nueva decisión del Consejo de Seguridad a través del voto mayoritario establecido en el art. 27.3 de la Carta de las Naciones Unidas (nueve votos en favor de la propuesta y la ausencia de veto, lo cual implica que —de acuerdo con la evolución del derecho general de la Carta— la abstención del voto no contará como veto, en oposición al texto literal de la norma).

e) Intervención humanitaria. No es posible justificar el uso de la fuerza en el presente caso recurriendo al derecho a la "intervención humanitaria", la cual es por sí misma controvertida en términos de qué comprende exactamente, aun cuando dicho derecho está siendo discutido como una posible justificación fuera del ámbito de la Carta de las Naciones Unidas. Aun en el caso de la interpretación más amplia y favorable de esta institución legal su exigencia central se encuentra ausente en el presente caso: desde un punto de vista objetivo, ésta sería una situación de emergencia humanitaria extrema; subjetivamente, puede representar la intención de utilizar la fuerza militar precisamente por la existencia de dicha situación extrema pero con el único y limitado propósito de ponerle fin.

2. *Compromiso para con el principio de ius in bello*

En un conflicto armado en Irak, legitimado por el derecho internacional o no, que ya ha comenzado (dados los repetidos bombardeos de blancos en dicho Estado) los límites del despliegue legítimo de los usos de guerra establecidos por el principio de *ius in bello* —y, así, especialmente las extensas garantías del derecho internacional humanitario de la guerra, así como la totalidad de las prohibiciones en torno a las armas que puedan ser utilizadas— han de ser respetados por todas las partes en el conflicto. Desconocer estos preceptos y prohibiciones estandarizados por el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya de 1907, las Convenciones de Ginebra de 1949, convenciones especiales y, de modo complementario, por el derecho internacional general, no sólo puede generar responsabilidad de los Estados involucrados sino que también puede (especialmente en el caso de los crímenes de guerra, en su sentido más estricto) constituir la base para generar responsabilidad penal (en términos del derecho internacional público) de los soldados que llevan a cabo tareas específicas y, tal vez, de sus comandantes (militares y políticos). Puesto que se trata de un escenario meramente hipotético, no vale la pena profundizar los detalles en este punto.

3. *Conclusiones preliminares*

La conducción de actividades militares en contra de Irak sin el permiso requerido del Consejo de Seguridad, por lo menos hasta tanto Irak no haya lanzado un "ataque militar" en el sentido del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, tal como es el caso en este momento, vulnera la prohibición de utilizar la fuerza contenida en el art. 2, n° 4 de la Carta.

A través de una resolución adoptada en consonancia con el Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad puede autorizar a los Estados a emplear la fuerza en contra de Irak.

Todos los tipos de actividades militares, tanto aquellas que se encuentran en conformidad con el derecho internacional público como aquellas que no, deben adherirse al estricto precepto de razonabilidad y no pueden, bajo ninguna circunstancia, exceder el legítimo objetivo que justifica el uso de la fuerza. Al respecto, y tal como se presenta la situación imperante, la única actividad justificable estará limitada a la acción militar destinada a encontrar y destruir las (supuestas) armas de destrucción masiva o a obtener otras metas específicamente definidas en una resolución del Consejo de Seguridad para remover la hipotética amenaza contra la paz. El intento de modificar el régimen político de Irak no se fundamenta ni se encamina hacia el logro de ninguno de los objetivos militares legítimos.

Todos los participantes en el ejercicio de actividades militares están constantemente obligados a cumplir con un cuerpo legal comprensivo que gobierna el

modo en el cual la fuerza militar debe ser utilizada, el *ius in bello*. Todo desconocimiento de dicho cuerpo legal puede resultar en la responsabilidad personal (en términos del derecho penal internacional) de las personas inmediatamente involucradas en la actividad así como en la responsabilidad de sus superiores.

III. RESPONSABILIDAD PERSONAL DE CARÁCTER PENAL POR LA COMISIÓN DE ACTOS QUE VULNERAN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Premisas

Un infracción al derecho internacional (tal como, por ejemplo, el desconocimiento de la prohibición del uso de la fuerza o una ofensa en contra de las reglas del derecho internacional de la guerra) importa, básicamente, la responsabilidad del Estado al cual las acciones de un individuo específico, actuando como un órgano de ese Estado, pueden serle imputadas. Tal ofensa no implica, de manera directa, que el individuo en cuestión será imputado personalmente por la comisión de actos criminales en concordancia con el derecho internacional de la guerra. Concebido a través de la estructura del derecho internacional público clásico, entendido como un cuerpo normativo que gobierna sólo las interrelaciones entre los Estados (y que admite sólo unas pocas excepciones a este principio), hasta hace muy poco el derecho penal internacional calificaba al individuo como un agente del Estado, incluso a pesar del obvio reconocimiento de que los crímenes no pueden ser cometidos por los Estados sino sólo por los individuos. La soberanía territorial y personal entendidas como atributos esenciales de una reivindicación comprensiva de los derechos soberanos también fueron reconocidas, en particular, al reclamarse la competencia exclusiva de los Estados en materias atinentes al derecho penal sustantivo. Desde ese punto de vista, las definiciones legales de los delitos desde la óptica del derecho internacional público no se presentan, necesariamente, como elementos ajenos al sistema predominante.

Tal como ocurre con todas las demás normas del derecho internacional, a fin de concretar la responsabilidad individual en términos del derecho penal internacional es necesario arribar a un consenso de la comunidad de los Estados a través de los estándares aceptados de todo proceso legislativo. Sin documentación sobre la existencia del consenso citado, es necesario aplicar el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁸. Intentos anteriores de penalizar el comportamiento individual a nivel internacional (por ejemplo, la condena de Napoleón por parte del Congreso de Viena de 1815; la penalización del emperador alemán Guillermo

¹⁸ Cf., en este contexto, sólo LAMB, "Nullum crimen, nulla poena sine lege", en "International Criminal Law", en CASSESE, GAETA y JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, 2002, pp. 733 y ss.

II (Wilhelm II) a través del Tratado de Versalles) no fueron suficientes para desarrollar un poder creador de normas de derecho general dada su singularidad, el obstáculo impuesto por la imagen de "pura justicia de los vencedores" (*pure victor justice*) y, más aún, frente al hecho de que el modelo de soberanía nacional del Estado, entendido este último como el único garante de las interrelaciones "civilizadas" entre los diversos Estados, no fue virtualmente desafiado hasta la Segunda Guerra Mundial. Ninguna perspectiva realista presagiaba un nuevo desarrollo legal hasta que las premisas del sistema internacional descriptas se vieron desestabilizadas durante la Segunda Guerra Mundial.

El enjuiciamiento de las fuerzas aliadas por parte de los tribunales militares por los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial puede ser considerado como el punto de partida de un anclaje en el derecho internacional general de ciertas normas penales puesto que ésta fue la primera vez que un proceso judicial comprensivo de actividades extremadamente ilegales conducidas por un Estado tuvo éxito. La experiencia fue receptada en los "Principios de Nuremberg", los cuales alcanzaron validez general. De hecho, la enumeración de los crímenes en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg ("crímenes contra la paz", "crímenes de guerra" y "crímenes contra la humanidad") constituyeron, de manera esencial, la base para el desarrollo de los estándares en materia del derecho penal internacional sustantivos generalmente reconocidos y en proceso actual de evolución. La remoción subsiguiente del genocidio de la categoría de crímenes contra la humanidad importó una alteración significativa de la estructura legal citada en el período subsiguiente.

2. Las definiciones de los crímenes contra la humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra aportadas por el derecho penal internacional

2.1. Sustento en el derecho consuetudinario

El crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, estandarizados hoy en día en el art. 5, 1 a), b) y c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ¹⁹, reflejan los principios del derecho internacional consuetudinario, especialmente teniendo en cuenta las experiencias previas de los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda así como la contundente aprobación que los citados principios encontraron en la Conferencia de Estados en Roma. En vista de los resultados obtenidos hasta ahora, huelga preguntarse si, dada la falta de práctica, existe en verdad un proceso de creación de normativa en el sentido tradicional aquí en juego (es decir, una

¹⁹ BGBl, 2002-II, 1393 (también impreso en *Sartorius II*, cit., n° 35).

práctica generalmente aceptada como derecho u *opinio iuris* ²⁰) o, antes bien, si no se trata meramente de una nueva tendencia que también ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia y que, en consecuencia, no constituye más que un caso de una "determinación de estándares guiada por los principios en cuestión". En todo caso, el resultado es que dichas normas de derecho penal internacional pueden reclamar validez general de manera completamente independiente de la cuestión acerca de la ratificación de su status y, en este sentido, pueden aplicarse a todo autor de estos crímenes sin importar la nacionalidad de aquél. Lo antedicho no se encuentra afectado por la persistente oposición de varios Estados (los Estados Unidos aparecen como opositores preeminentes) contra la institucionalización de la Corte Penal Internacional; máxime cuando dicha oposición no se dirige de manera directa en contra del enjuiciamiento de dichos crímenes bajo el derecho internacional ni contra la delimitación de crímenes individuales en los arts. 6 a 8 del Estatuto citado.

Las reglas fundamentales del derecho internacional de la guerra que deberían haber sido aceptadas por todas las partes en crisis y que, asimismo, han de constituir las bases legales para imputar responsabilidad penal a un individuo en el caso de que se concrete el potencial conflicto, se encuentran enumeradas en el arts. 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, reflejando los preceptos correlativos de la Convención de Ginebra y sus protocolos adicionales, así como también en prohibiciones de uso de ciertas armas. Las disposiciones legales allí codificadas pueden no reflejar el derecho internacional general actual en detalle. Sin embargo, sí lo reflejan en conjunto con todas normas legales existentes sobre la materia.

3. El crimen de agresión

A pesar de que la regulación que prohíbe la agresión es, probablemente, uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema actual de derecho internacional público y, más aún, que fuera caracterizado por la Comisión de Derecho Internacional (en el contexto de su trabajo sobre responsabilidad de los Estados) como uno de los principales ejemplos de crímenes internacionales ²¹, su "transformación", o evolución, hacia una norma de derecho penal internacional ha causado dificultades considerables hasta el día de hoy.

En el Pacto de Briand-Kellog del 27 de agosto de 1928 (arts. I y II), y luego de extensas preparaciones en el ámbito de la Liga de las Naciones ²², las partes

²⁰ Cf. sólo la decisión de la Corte Internacional de Justicia del 20 de febrero de 1969, "North Sea Continental Shelf Cases" en *ICJ Reports*, 1969, n° 44, parág. 77.

²¹ Art. 19, secc. 3 a, ILC Draft Articles on State Responsibility (1ª lectura) define el concepto de "crimen internacional" como "a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such a that prohibiting aggression" (ILC Yearbook, 1980, vol. II, Segunda Parte, p. 32).

²² Cf. la decisión de la Corte Internacional Militar del 1º de octubre de 1946, *Der Nürnberger Prozess (The Nuremberg Trials)*, 2 vols., 1957, pp. 167 y ss.

contratantes ya habían declarado la "renuncia a la guerra como un instrumento de política nacional" y habían abdicado de la guerra como un dispositivo político en sus relaciones mutuas. Sin embargo, siguiendo el ejemplo tradicional de construcción normativa, las declaraciones citadas sólo operaban en el contexto de las obligaciones entre los Estados. El art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg alude a los postulados del Pacto citado, extendiendo la prohibición hacia un estándar que abarcaba el derecho penal individual, estipulando que: "*Crimes against peace, namely: planning, preparing, initiating or waging a war of aggression or a war in violation of international agreements, treaties or pledges or participation in a joint plan or in a conspiracy to carry out one of the above acts*".

Si el inicio de una guerra en contra de Irak sin el consentimiento expreso del Consejo de Seguridad ha de ser visto como una violación del derecho de la Carta (art. 2. 4 de la Carta) los prerequisites para la existencia de un delito, de acuerdo con la estipulación citada, se encuentran, obviamente, cumplidos, como ser: "... incitar una guerra... en contravención a los acuerdos internacionales". Tal como ha sido recientemente ilustrado, y dado que los planes y los preparativos para la guerra actualmente en curso no responden a la definición brindada del delito, es posible interpretar que las medidas tomadas en favor de los autores de dichos crímenes a través de resoluciones existentes del Consejo de Seguridad, sirvan a los efectos de interpretar la amenaza del uso de la fuerza en concordancia con la Carta como un modo de ejercer coerción sobre Irak a fin de que cumpla con sus obligaciones, tal como fuera estipulado por la resolución 687.

Sin embargo, es dudoso que una definición tan amplia de un acto de agresión en términos del derecho penal internacional pueda formar parte del actual derecho internacional general. A decir verdad, luego de la proclamación de la decisión de Nuremberg en la resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946, fueron confirmados de manera unánime los "Principios de Nuremberg". Sin embargo, esta declaración de la comunidad de Estados no era obligatoria en el sentido actual del derecho internacional. La definición de un acto de agresión, aún en los años subsiguientes, nunca fue manifestada en el contexto de un tratado; en oposición a otros elementos parciales del catálogo de principios relativos a los crímenes de guerra (Convención de Ginebra de 1949) y una parte de los crímenes contra la humanidad de particular importancia y la prohibición en contra del genocidio (Convención de 1948). Por otra parte, la comunidad de Estados organizados en el ámbito de las Naciones Unidas ha reconocido, repetidas veces, que la agresión ha de ser calificada como un "crimen contra la paz", sin establecer de manera específica si el comportamiento de dicho Estado debe ser condenado utilizando las consecuencias tradicionales de la responsabilidad del Estado o si, además, debe incluir la penalización del comportamiento individual en el ámbito del derecho internacional.

La Comisión de Derecho Internacional no dudó en incluir al crimen de agresión en su "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad" ("*Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind*")

como art. 16, o en incluirlo en sus anteriores proyectos, como una norma de derecho penal internacional. A su vez, el Estatuto de la Corte Penal Internacional incorpora el crimen de agresión al cual define, en su art. 5, como uno de los "crímenes de mayor preocupación para la totalidad de la comunidad internacional" a pesar de no haberse alcanzado consenso en torno a la definición del crimen en cuestión durante las negociaciones en Roma. El compromiso finalmente plasmado en el art. 5.2, y ratificado por una mayoría abrumadora en la Conferencia de Estados, alienta el reconocimiento fundamental de la agresión como un crimen en concordancia con el derecho penal internacional. Sin embargo, dada la falta de consenso en torno a los elementos específicos del hecho punible, la Corte Penal Internacional aún no obtuvo jurisdicción sobre hechos de esa naturaleza. Incluso aquellos Estados que por diversas razones manifestaron su oposición a la adopción del Estatuto, algunos de los cuales votaron luego en contra de dicha adopción, no se opusieron de manera general al reconocimiento de la agresión como un crimen del derecho penal internacional.

Por esta razón, es posible afirmar hoy —con fundamento en los Principios de Nuremberg de 1946, ratificados por los Estados miembros de las Naciones Unidas aquel mismo año y reforzados por el consistente e indiscutido rechazo de la agresión en el citado foro, así como también sobre la base del reconocimiento de la norma que prohíbe la agresión en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Estados en Roma desde principios de 1990 y, recientemente, en su incorporación al Estatuto de la Corte Penal Internacional que entró en vigor el 1 de julio de 2002— que el crimen de agresión ha arraigado firmemente en el ámbito del derecho penal internacional a través de la práctica general de los Estados.

Dado el debate continuo sobre la definición exacta de este crimen, la extensión objetiva del consenso actual sobre la materia puede deducirse sólo a limitarnos en nuestra búsqueda al "mínimo común denominador". Esto puede materializarse de dos modos: en primer lugar, utilizando el art. 16 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1996, tendremos que definir de manera más restrictiva a los potenciales autores del crimen e interpretar que no podemos incluir en dicha categoría a cada uno de los participantes en un acto de agresión sino que esa culpabilidad debe delimitarse a aquellas personas que responden al siguiente perfil: *"An individual who, as a leader or organizer, actively participates in or orders the planning, perpetration, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression"* ²³.

Sugerencias posteriores realizadas en la Conferencia de Estados en Roma limitan la aplicación personal del crimen en cuestión a individuos que se encuentren *"in a position of exercising control or capable of directing the political or"*

²³ N Doc. A/51/10, p. 83.

military act of a State"²⁴. Esto significa, en suma, que en tales condiciones sólo los líderes políticos o militares están sujetos a ser imputados por este crimen. En segundo lugar, dado el continuo desacuerdo (por lo menos en la actualidad) existente en torno a los requisitos objetivos que se necesitan para afirmar la existencia de un crimen de agresión en concordancia con el derecho penal internacional, dichos requisitos deberán definirse de manera más estricta que en los lineamientos propuestos por la prohibición general expresada primordialmente por la resolución 3314 (XXIX) del año 1974. La versión más estricta y, paralelamente, más representativa del "mínimo común denominador" continúa siendo la sugerencia hecha por Alemania en la Conferencia de Estados, de acuerdo con la cual, puede afirmarse la comisión del crimen de agresión sólo a través de: "(a) iniciar o (b) ejecutar un ataque armado dirigido por un Estado en contra de la integridad territorial o la independencia política de otro Estado cuando este ataque armado fuera perpetrado en manifiesta violación de la Carta de las Naciones Unidas con el objetivo o el resultado de establecer una ocupación militar o de anexionar el territorio de otro Estado o parte de otro Estado utilizando como medio las fuerzas armadas del Estado atacante"²⁵.

Puesto que un ataque en contra de Irak podría llevar, por lo menos, a una ocupación militar del país (y no a un mero caso de intervención humanitaria ni por el bien de la población local victimizada, ni para la liberación de los ciudadanos del propio agresor) tenemos ante nosotros un caso, sujeto a debate, que podría convertirse en una "manifiesta violación a la Carta de las Naciones Unidas". Ésta es una cuestión que tendrá que ser decidida, en última instancia, por el tribunal que se encargue de perseguir el delito. En la opinión de este autor puede afirmarse de manera concluyente que un ataque, invasión y ocupación de tales características sobre el territorio de Irak constituiría, de manera objetiva, un desconocimiento masivo de la Carta de las Naciones Unidas. Desde ninguna posible perspectiva es factible alegar la existencia de una situación de legítima defensa ni puede, sobre dicha base, afirmarse derecho alguno para atacar Irak. La mera mención de que las actuales resoluciones del Consejo de Seguridad brindan la base legal suficiente para proceder a un ataque militar, no son suficientes para negar la evidente violación de la Carta. Si se afirmara lo contrario, cualquier Estado tendría la opción de tomar decisiones unilaterales sobre la legalidad o ilegalidad de sus actos. No sólo la vasta mayoría de miembros de la comunidad de Estados sino, asimismo, los representantes de las tendencias académicas en el ámbito del derecho internacional (tanto en los Estados Unidos como en Gran Bretaña) opinan que un ataque

²⁴ Cf. los documentos en GAJA, "The long journey towards repressing aggression", en CASSESE, GAETA, y JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Oxford, 2002, p. 437.

²⁵ UN Doc. PCNICC/1999/DP 13.

en contra de Irak sólo puede ser legitimado a través de una nueva resolución. La dura batalla por obtener una resolución del Consejo de Seguridad que legitime la intervención militar demuestra, a su vez, que incluso aquellos Estados que han decidido desplegar un ataque militar sin el permiso citado "de ser necesario", por supuesto no optan por esta solución porque tengan una opinión legal diferente sino porque están tan decididos a cumplir sus objetivos políticos como para apartarse del orden legal creado por la Carta de las Naciones Unidas. El anuncio de que un ataque será perpetrado independientemente del resultado obtenido de la votación en el Consejo de Seguridad debe ser interpretado como una clara indicación de que la responsabilidad principal de mantener la paz asignada a dicho órgano de la Carta (por lo menos más allá del supuesto de la legítima defensa) está siendo cuestionada y, con ella, la totalidad de la estructura sobre la cual nuestro sistema de seguridad colectiva descansa.

4. Conclusión preliminar

Puesto que el derecho internacional público, en su mayor parte, representa un cuerpo legal que gobierna sólo las relaciones entre los Estados, las consecuencias legales de una ofensa en contra del derecho internacional se verán agotadas una vez que se apliquen las reglas que regulan la responsabilidad de los Estados; éstas no tienen como consecuencia la atribución de un tipo de responsabilidad individual, propia del derecho penal, del autor directo.

La existencia y los contenidos de un crimen directamente basado en el derecho internacional requiere el correspondiente consenso de la comunidad de Estados el cual puede ser expresado a través de un acuerdo escrito, o bien, a través de una norma legal reconocida por la práctica general de los Estados.

Hoy puede considerarse a ciertos crímenes contra la humanidad, al genocidio y a los crímenes de guerra como actos que conllevan responsabilidad penal individual directamente a través del derecho internacional. El art. 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional codifica derecho internacional general en vigor, incluso a efectos de delimitar las definiciones sobre qué hechos constituyen cada uno de esos crímenes.

La agresión por sí misma también ha sido reconocida como un crimen del derecho internacional general. El contenido exacto de este crimen aún es controvertido. Así, en la actualidad sólo es posible proceder basándose en el conjunto de premisas que se han tornado manifiestas en el ámbito del derecho internacional. Con relación a la responsabilidad internacional, la norma sólo se aplica a aquellas personas que se encuentran en la posición de controlar o que cuentan con la capacidad necesaria para dirigir las acciones políticas y militares de un Estado y, de esta manera, tienen influencia directa sobre "si debe o no" incitarse una guerra. En términos objetivos, la existencia de un crimen de estas características puede afirmarse si el comportamiento agresivo constituye una evidente violación al de-

recho de la Carta y conlleva a la ocupación militar de otro Estado. Ambos requisitos pueden ser afirmados en torno al ataque en contra de Irak sin la autorización expresa del Consejo de Seguridad.

IV. CONTENIDO Y LIMITACIÓN DE LA INMUNIDAD EN CONTRA DE LA PERSECUCIÓN

Ciertos participantes en las interrelaciones legales de carácter internacional se encuentran protegidos por la institución consuetudinaria de la inmunidad contra toda persecución penal, dado su particular vínculo con el jefe de Estado en el poder. Debido a que las nociones que sustentan a la institución se derivan del principio de igualdad de los Estados, *par in parem non habet jurisdictionem*, no puede reclamarse la inmunidad frente a la persecución de crímenes por parte de cortes internacionales tales como la Corte Penal Internacional ²⁶.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional estipula, de manera expresa, en su art. 27.2 que la inmunidad concedida a ciertos individuos por el derecho internacional no puede obstaculizar la administración de justicia por parte de la Corte; asimismo, el art. 98.1 del Estatuto prevé, al menos en términos de las mutuas relaciones de los Estados, a los efectos de la extradición de una persona que goza de inmunidad general otorgada por el derecho internacional frente a los procesos iniciados ante la Corte Penal Internacional, que dicha inmunidad no constituye una vulneración del derecho internacional. Sin embargo, dada la falta de consenso en relación a la definición del crimen de agresión, la Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción sobre el crimen de agresión en la actualidad ni la tendrá en el futuro inmediato. Por esta razón, la persecución penal sobre la base de esta norma sustantiva sólo puede ocurrir ante las cortes nacionales.

Con respecto a los procesos penales ante las cortes y/u órganos de los gobiernos nacionales, la Corte Internacional de Justicia, delimitó recientemente los principios sobre la inmunidad actualmente en vigor en su decisión del 14 de febrero de 2002 en el caso "Yerodia" (República Democrática del Congo vs. Bélgica)²⁷:

1. De acuerdo con el derecho internacional, los jefes de Estado en ejercicio, los jefes de Gobierno y los ministros extranjeros gozan de inmunidad absoluta de

²⁶ Cf. art. 7 de la Corte de Nuremberg y 6 de la Corte Militar de Tokio, así como el artículo 7 de la sección 2 de la Corte para Yugoslavia y 6, sección 2 de la Corte para Ruanda.

²⁷ El texto de la decisión puede encontrarse en www.icj-cij.org. Ha sido tratado de manera comprensiva en KRESS, "Der internationale Gerichtshof im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz" ("The International Court of Justice in the tension zone between International Criminal Law and Immunity Protection"). Debate de la Corte Internacional de Justicia al tomar la decisión el día 14 de febrero de 2002 (Democratic Republic of Congo vs. Belgium), "Goldthammer's Archiv für Strafrecht", 150, 2003, pp. 25 y ss., con documentación atinente a ulteriores debates del tema en la nota al pie n° 1.

la jurisdicción de otros Estados con independencia de si el objeto de la contienda versa sobre actos oficiales o privados. También es insustancial si los actos en cuestión fueron cometidos antes o durante el ejercicio del cargo.

2. La Corte Internacional de Justicia no reconoce excepción alguna a este principio, aun en el caso de un acto criminal internacional. La decisión de la Cámara de los Lores del 24 de marzo de 1999 en el caso "Pinochet" no cuestionó este principio más allá de las críticas efectuadas por la Corte de Casación francesa del 12 de marzo de 2001 en la causa contra Khaddafi.

3. Se ha vulnerado la inmunidad de estas personas al iniciarse los procedimientos penales y, como en el caso "Yerodia", con la emisión de la orden de arresto.

4. Por otra parte, no se ha tomado ninguna decisión en torno a si la inmunidad de la persona acusada de haber cometido un crimen de esta naturaleza se prorroga una vez abandonado el cargo. El caso "Yerodia", sin embargo, contiene un *obiter dictum* que afirma que los ex ministros extranjeros no gozan del privilegio de la inmunidad por los actos privados o por aquellos cometidos con posterioridad al dimitir su cargo; este *dictum* permite deducir, *a contrario sensu*, que la inmunidad continúa para los actos oficiales.

La decisión ha recibido numerosas críticas en los votos minoritarios de algunos jueces así como también en los círculos académicos del derecho, principalmente, por las siguientes razones:

1. Por oposición al otorgamiento de inmunidad absoluta a los jefes de Estado, la cual es indiscutible, la Corte Internacional de Justicia no ha logrado documentar, en el ámbito del derecho internacional, ningún caso subsistente de inmunidad absoluta de los jefes de gobierno y de los ministros extranjeros. Sobre el punto, no existe práctica de los Estados ni convicciones legales suficientes.

2. El reconocimiento de ciertos "intereses mundiales globales" de carácter fundamental ha encontrado su expresión normativa en el desarrollo de normas internacionales compulsivas (*ius cogens*). El interés en la persecución de actos criminales, en consonancia con el derecho internacional penal, debe ser adscripto a esta categoría de estándares y, paralelamente, los principios tradicionales de la protección de la inmunidad deben ser restringidos. En términos concretos, esto significa que la protección otorgada por la inmunidad no existe para los crímenes que atacan contra el derecho internacional.

3. Con relación al *obiter dictum*, se alegó que la extensión irrestricta de la inmunidad más allá del ejercicio del cargo por todos aquellos actos oficiales no puede ser justificada (ya no más); en particular, frente a los recientes desarrollos legales. A modo interpretativo, lo antedicho puede fundamentarse al alegar que tal extensión temporal no puede ser sostenida dado que el objetivo de protección propio de la inmunidad (la estabilidad en las relaciones entre los Estados) en el caso de ex funcionarios se ve vulnerado, en las actuales circunstancias, sólo de manera marginal. Alternativamente, puede afirmarse (y éste es, probablemente, el enfoque predominante hoy) que la comisión de actos criminales receptados por el

derecho internacional ya no pueden ser calificados de "actos oficiales" y, de esta manera, una vez que el inculcado deja su cargo puede ser perseguido penalmente ante las cortes nacionales sin que exista obstáculo alguno. En este sentido, una extendida práctica jurisprudencial se ha ido desarrollando desde el fallo "Pinochet", la cual merece nuestra aprobación.

1. Conclusión preliminar

Existen aún numerosas cuestiones legales en la zona de tensión entre el derecho penal internacional y la inmunidad que no han sido clarificadas en su totalidad. Sin embargo, es fácil advertir que la institución tradicional de la inmunidad ha sido sometida recientemente a un importante proceso de erosión, bajo la presión de principios cada vez más consolidados en el ámbito del derecho penal internacional. Lo antedicho se aplica, de manera preponderante, a la inmunidad continuada que protege a ex representantes de alto rango de diversos Estados (presidente, jefe de gobierno, ministros extranjeros). Particularmente en el caso de la evolución del derecho consuetudinario internacional, ha existido una importante y muy clara tendencia en las jurisdicciones nacionales de negar inmunidad a aquellas personas que enfrentan imputaciones penales del derecho internacional con el argumento de que tales actos ya no pueden ser considerados como "actos oficiales". Puesto que este material legal sólo ha sido regulado por el derecho internacional consuetudinario, depende básicamente de las cortes nacionales determinar la cuestión legal en juego y utilizar los remedios legales disponibles que considere pertinentes. Dada la ambigua situación en Alemania, debería ser más apropiado proyectar una apelación ante la *Bundesverfassungsgericht* (el Tribunal Constitucional Federal) basada en el art. 100, sección 2 de la *Grundgesetz* (la Constitución Federal). En la estructura de dicha decisión, los principios estipulados por la Corte Internacional de Justicia en el fallo "Yerodia" tendrán un papel importante, incluso aun cuando no fueran en lo absoluto obligatorias desde el punto de vista legal. La Corte Internacional de Justicia debe aún pronunciarse sobre el asunto concerniente a la naturaleza y la extensión de la protección concedida una vez abandonado el cargo.

En consecuencia es preciso afirmar de manera convincente y rotunda (tal como se hiciera en una audiencia ante la Corte) que la institución de la inmunidad no puede prevenir el enjuiciamiento de los más altos representantes de un Estado por la comisión de un crimen de agresión, en particular, no después de haber concluido el ejercicio de su cargo. Dada la continua expansión jurisprudencial en este sentido, así como el fuerte apoyo brindado por prominentes autores de derecho internacional, existen razones para creer que esta posición legal será en poco tiempo reconocida como preeminente, lo cual tornaría mucho menos probable en el futuro para ex representantes de alto rango de un Estado imputados por un crimen internacional de agresión obtener un fallo favorable al reconocimiento de su inmunidad en una instancia de apelación.

V. EL EVENTUAL FORO PARA UNA PERSECUCIÓN PENAL

El art. 5.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional excluye la posibilidad de la Corte de instituirse como un foro destinado a la persecución del crimen internacional de agresión. Teniendo en cuenta los arts. 121 y 123 del Estatuto, los cuales no prevén la celebración de una conferencia para proceder a su revisión hasta después de siete años de la fecha en la cual el Estatuto entró en vigor, o, en términos más realistas, en diez años desde dicha fecha, la Corte Penal Internacional no estará disponible como un foro apto para el enjuiciamiento del crimen internacional de agresión, al menos, en el futuro inmediato.

Es posible concebir, sin embargo, la persecución y la condena por parte de instituciones penales nacionales sobre la base del "principio de jurisdicción universal". La cuestión acerca de las restricciones del derecho internacional en contra de la expansión de las fronteras de la jurisdicción nacional sobre asuntos de índole internacional que no se encuentran cubiertos por los puntos de conexión convalidados por el derecho convencional (el principio de nacionalidad activa y pasiva, el principio territorial, el principio de protección) es uno de los asuntos más controvertidos del derecho internacional contemporáneo. Respetando los lineamientos del principio de "*ne ultra petita*", la Corte Penal Internacional no se expidió sobre el punto en el caso "Yerodia". Sin embargo, diez jueces en votos individuales o conjuntos expresaron sus controvertidas opiniones sobre este punto.

El presente contexto permite discutir, en particular, la cuestión acerca de si los actos del Estado pueden ser limitados sólo frente a una expresa prohibición del derecho internacional (la asunción del principio de la libertad en el sentido expresado por la famosa decisión "Lotus" de la Corte Internacional de Justicia): "*Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable*"²⁸), o si se requiere un permiso especial que se encuentre en conformidad con el derecho internacional.

La visión mayoritaria expresada por la Corte Internacional de Justicia siguió el criterio tradicional y, de esta manera, sostuvo que la falta de una norma que prohibiera la persecución por parte de Bélgica de un crimen internacional en concordancia con el principio de jurisdicción universal, incluso *in absentia*, era conforme a derecho. Respetando, como es debido, la soberanía de los Estados y el ejercicio "sin colisiones" del derecho penal internacional, el derecho internacional debe imponer un límite a efectos de prevenir expansiones extraterritoriales de las jurisdicciones de algunos Estados sobre otros. Sin embargo, dicho límite

²⁸ PCIJ Series A n° 10, p. 19.

difícilmente pueda verse sobrepasado cuando un Estado busca concretar un interés reconocido por la comunidad mundial como es el caso de la persecución de actos criminales que vulneren el derecho internacional. Si lo antedicho es aplicable *in absentia* (como en el caso "Yerodia") es un supuesto sujeto a controversias que aún no ha sido resuelto hasta el día de hoy por ninguna jurisprudencia preponderante en el ámbito del derecho internacional. La argumentación teórica brindada en torno a este asunto ha sido puesta de manifiesto por los votos de los jueces en el caso "Yerodia" y ahora corre por cuenta de las cortes nacionales el tomar decisiones que impliquen reivindicar esta norma del derecho internacional consuetudinario actual. En Alemania, nuevamente, esta posibilidad importaría resolver un caso bajo el art. 100, sección 2 de la *Grundgesetz* (sometido a la *Bundesverfassungsgericht*).

El *Volkerstrafgesetzbuch* (Código Penal Internacional) ²⁹ que entró en vigor el 30 de junio de 2002 y que cubre la obligación de tipificar los postulados del Estatuto de Roma en el ámbito del derecho alemán, no recepta el derecho a invocar jurisdicción universal en el caso del crimen internacional de agresión. En consecuencia, puede asumirse que en la actualidad las cortes alemanas no constituyen, tampoco, un foro ante el cual perseguir este crimen internacional. Sin embargo, es posible predecir que un número importante de sistemas de justicia penales de diversos Estados pueden reafirmar sus poderes para enjuiciar o condenar.

VI. RESUMEN

Un acto de agresión militar en contra de Irak sin una resolución válida del Consejo de Seguridad basada en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que legitime aquel acto vulnera la prohibición contenida en la Carta (art. 2, n° 4) la cual representa, a su vez, una norma de derecho internacional compulsiva (*ius cogens*). Las resoluciones previamente adoptadas no pueden justificar un ataque de tal magnitud más allá de la autorización brindada por el art. 51 de la Carta (el derecho de legítima defensa).

No toda violación al derecho internacional concede fundamentos para afirmar la existencia de responsabilidad penal individual de los perpetradores. La imputación de dicha responsabilidad requiere de la previa existencia de un consenso de la comunidad de Estados, el cual sólo puede ocurrir de acuerdo con los procesos ya establecidos para generar normas.

El crimen de agresión es un delito contra el derecho internacional el cual (sobre la base de los Principios de Nuremberg) se ha convertido en una norma reconocida y bien establecida. Aún no existe consenso en torno a los componentes exactos de esta norma prohibitiva. De todas maneras, aun cuando se aplique

²⁹ Cf. WERLE, Jessberger, "Das Völkerstrafgesetzbuch", JZ 57, 2002, pp. 725 y ss.

sólo el "común denominador más pequeño" que fuera desarrollado en el contexto de las negociaciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es posible aún calificar al ataque en contra de Irak como una clara violación de la prohibición de agresión.

De acuerdo con la opinión legal correcta y prevaleciente, el enjuiciamiento penal incluso de los más altos representantes de un Estado, al menos una vez que su mandato ha caducado, no se ve impedido por la inmunidad otorgada para ellos por el derecho internacional. Más aún, una clara tendencia puede observarse en torno a relativizar y limitar la tradicional inmunidad dada la necesidad de perseguir penalmente actos criminales contrarios al derecho internacional, reconocidos en interés de la comunidad mundial.

La Corte Internacional de Justicia no se encuentra disponible actualmente como foro para propender a la persecución del crimen de agresión (art. 5.2 del Estatuto de la Corte). Sobre la base del principio de la jurisdicción universal es posible perseguir y castigar este crimen a través de las instituciones nacionales penales.

Marzo de 2003.

DOCTRINA II

TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS

por MÓNICA PINTO *

Todas las sociedades han conocido de personas y/o de grupos de personas que persiguiendo propósitos absolutamente individuales han llevado a cabo conductas destinadas a crear el caos, la violencia social y que, por esa vía, han destruido valores que la colectividad afectada, y muchas otras, preservaban y tutelaban en la mayoría de sus normas jurídicas y sus comportamientos sociales. Todas las sociedades han sabido del terrorismo, cualquiera haya sido su nombre.

La persistencia en el tiempo del fenómeno terrorista a través de varias formas, con diferentes grados de sofisticación, con distintas fuentes generadoras, ha hecho que el tema mantuviera constante presencia en las deliberaciones legislativas nacionales e internacionales.

América no ha sido ajena a este fenómeno a lo largo de su historia, especialmente durante el siglo XX y le ha dado respuestas diversas y heterogéneas. En general, en la última mitad del siglo pasado, nuestras sociedades no supieron o no pudieron preservar la democracia que tuvieron y acometieron la tarea de erradicar el terrorismo en aras de la "seguridad nacional" transformando al Estado en terrorista. Toda legitimidad resultó perdida y con ella se fueron miles de vidas de compatriotas americanos por la tortura sistemática, la ejecución sumaria y la desaparición forzada.

En el mismo período Europa conoció el terrorismo. En general lo sufrió en contextos de conflicto armado. Los guerrilleros, *freedom fighters* o *combatants de la liberté*, por momentos recurrieron al terrorismo para avanzar en la lucha en pos de sus ideales. La ilegitimidad de la represión de su lucha por la libertad no alcanzó, sin embargo, al acto terrorista aislado que protagonizaban. Cuando la guerra pasó y acordar la protección de sus víctimas fue un imperativo, las normas del derecho internacional humanitario, o derecho de Ginebra, descalificaron el acto terrorista. La segunda mitad del siglo XX demostró que la lección se había aprendido. Ni *Baader Meinhoff* ni las *Brigadas Rojas* pudieron contra la democra-

Abogada y doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Vicedecana de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional Público en dicha Facultad. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ex experta independiente para el examen de la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1993-1997.

cia sangrante que se reinstaló en Europa después de los campos de concentración y los hornos crematorios. En ocasión del secuestro de Aldo Moro, se propuso torturar a un detenido que parecía saber mucho del tema, entonces el general Della Chiessa contestó con palabras memorables "*Italia puede permitirse perder a Aldo Moro. No, en cambio, implantar la tortura*". Las bajas fueron en el Poder Judicial. En un Poder Judicial que investigaba, procesaba y condenaba conforme a la prueba producida. Algo que se ha dado en llamar aplicación del *rule of law* o Estado de Derecho.

Asia, Medio Oriente y África abrevaron en Occidente su fenómeno terrorista. Sus movimientos de liberación nacional mezclaron guerrilla y terrorismo. La lucha por la libertad fue reconocida. La guerra de liberación nacional fue jurídicamente consagrada como un conflicto armado internacional en el que los actos terroristas fueron proscriptos. El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, de 1977, así lo declara. La prohibición se extiende al Protocolo II.

La receta contra el terrorismo vino dada por la democracia, las democracias, que no sufrieron su embate. Al menos, no en su territorio.

El 11 de septiembre de 2001, a los inicios de un nuevo milenio, el terrorismo golpeó en el "corazón de Occidente"; New York fue el blanco principal y el mundo cambió. Alcanzada la única gran potencia, el tema se globalizó y la Batalla del Bien contra el Mal cubrió páginas, países, sesgó vidas, colocó entre signos de interrogación el principio de inocencia respecto de miles de personas a las que se les invirtió la carga de la prueba. Su origen semita o su procedencia islámica los obligó a que demostraran su inocencia.

El propósito de esta presentación es el de recorrer la ruta que en el derecho plantea el fenómeno terrorista y las consecuencias a que ello da lugar, esto es, las medidas de prevención y represión a la luz del respeto a los derechos humanos que legitima a todo gobierno, que es el fin de todo Estado.

Mucho temo que, como en otras ocasiones, este trabajo no trascienda el planteo de lo obvio, de aquello que todos sabemos, que está escrito, que no innova. Sin embargo, su sistemática postergación cuando de enfrentar al terrorismo se trata, torna esta reiteración de lo obvio en algo, cuando menos, útil sino necesario.

I. EL TERRORISMO COMO CONDUCTA INTERNACIONAL. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL MARGEN DE MANIOBRA DE LOS ESTADOS

No hay consenso respecto de una noción general o global de terrorismo. Y ello es fruto de los intereses creados que, a lo largo de la historia, han sabido fomentar estados y entes no estatales de alguna manera vinculados con los primeros¹. Esta ausencia de definición no ha impedido el consenso respecto de actos

¹ Obsérvese la dificultad para lograr consenso al respecto en el ámbito regional americano y su resultado en el Proyecto de Convención Interamericana contra el Terrorismo,

específicos de terrorismo, generalmente descriptos en tratados internacionales², ni que se considerara al terrorismo internacional como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, esto es, que se lo considerara comprendido en el género de actos que autorizan la actuación del Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la adopción de medidas coercitivas que pueden o no importar el uso de la fuerza armada.

En todo caso, queda claro para cualquiera que aludir al terrorismo supone como mínimo referir a cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, con el propósito de intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo³.

La necesidad de prevenir y, en su caso, de combatir el terrorismo coloca a la decisión política en una situación en la cual la tensión entre la protección de las necesidades nacionales en tiempos de crisis y la protección de los derechos humanos es máxima. La clave radica en dotar a la decisión más acertada del contexto que lesione en menor medida los derechos humanos de todos.

OEA/Ser.G CP/CAJP-1891/02 rev.1 corr.1 de 8 de mayo de 2002, a ser sometido a la próxima Asamblea General de la OEA.

² Convenio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, Tokio 1963, 704 UNTS; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, La Haya 1970, 860 UNTS; Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal 1971, 974 UNTS; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, Nueva York 1973, 1035 UNTS 167; Convención de las Naciones Unidas sobre la toma de rehenes, Nueva York 1979, 1316 UNTS 205; Protocolo para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, Montreal 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma 1988; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, Viena 1980, 1456 UNTS; Protocolo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1988; Convenio para la supresión de actos terroristas cometidos por medio de explosivos de 1997, A/RES/52/164; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo del 9 de diciembre de 1999, A/RES/54/109.

³ La Comisión Andina de Juristas ha propuesto al respecto considerar como tal a "un fenómeno de alcance global caracterizado por la utilización ilegal o amenaza de violencia premeditada, encubierta y sorpresiva que, a partir de una motivación política, busca sembrar el terror para establecer un contexto de intimidación, provocar repercusiones psicológicas de amplio espectro más allá de la víctima elegida como objetivo, generar pánico, producir histeria, miedo, y liquidar el orden y la autoridad en las sociedades, afectando sustantivamente el Estado de Derecho o *Rule of Law*. El contexto establecido permite promocionar una causa de índole político, religioso o ideológico, las cuales requieren de una acción política. Como consecuencia de todo ello, se pone en peligro la vida, salud y bienestar de las personas, atentándose contra la paz y seguridad internacionales. Véase la *web page* de la CAJ, <http://www.cajpe.org.pe>

Ha sido dicho con razón que este tipo de situaciones se comprende en el contexto de las situaciones de emergencia o excepción, previstas en casi todas las legislaciones nacionales y también en los tratados generales de derechos humanos relativos principalmente a los derechos civiles y políticos; esto es, el art. 15 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴; el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵; el art. 27 de la Convención Americana sobre derechos; el art. X de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el art. 4 de la Carta Árabe de Derechos Humanos. De allí que las mencionadas cláusulas sobre estados de excepción o emergencia no contravengan los principios generales del derecho internacional aunque tampoco son codificadorias de ellos⁶.

Se ha pretendido constantemente presentar la cuestión de la prevención y represión del terrorismo como una de aquellas en las cuales se da el estado de necesidad, es decir una situación en la que el Estado necesariamente debe optar entre dos bienes jurídicos tutelados, uno de los cuales cede frente al otro en razón, precisamente, de la emergencia. Inevitablemente, según esa posición, la balanza se inclinaría por el bien del conjunto que prevalecería por sobre el individual. Ello es falso.

Lo es porque no toda manifestación del fenómeno terrorista conduce a la declaración de un estado de excepción, sino sólo aquellas que permiten la conjunción de los requisitos legales previstos para una emergencia, y porque aun así, el Estado no se encuentra en estado de necesidad. Por el contrario, de lo que se trata es de instaurar un verdadero "*balancing test*" que permita evaluar con claridad y criterio democrático la medida de la limitación que se impone a los derechos humanos. La medida en que la restricción sea tolerada por una sociedad democrática.

En este orden de ideas, la suspensión de derechos durante el estado de excepción y su restricción legítima cuando tal Estado no ha sido declarado pero se enfrenta una situación de terrorismo son las cuestiones que a continuación serán tratadas.

II. LAS SITUACIONES DE EXCEPCIÓN. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS

Todos los tratados generales de derechos humanos especialmente relacionados con los derechos civiles y políticos contienen cláusulas referidas al estado

⁴ Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171

⁶ HARTMAN, Joan F., "Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies", 22 *Harvard International Law Journal*, 1981-1, 12.

de excepción o emergencia en las que el bien jurídico tutelado es la vida de la comunidad jurídico-política organizada en el Estado. Cada uno de ellos describe adecuadamente la/s situación/es que da/n origen al estado de excepción. Trátase, en general, de "una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado"⁷.

Así, en el fallo "Lawless v. Irlanda", el Tribunal europeo entendió que en la especie ello surgía de la conjunción de varios factores, "en primer lugar, la existencia dentro de la República de Irlanda de un ejército secreto dedicado a actividades anticonstitucionales y que empleaba la violencia para alcanzar sus propósitos; en segundo término, el hecho de que este ejército estaba asimismo operando fuera del territorio del Estado y, por consiguiente, comprometiendo gravemente las relaciones de vecindad de la República de Irlanda; en tercer lugar, el crecimiento progresivo y alarmante de las actividades terroristas desde el otoño de 1956 y, muy especialmente, en la primera mitad de 1957".

En atención a ello, consideró que "el Gobierno irlandés estaba justificado para declarar que existía una emergencia pública en la República de Irlanda que amenazaba la vida de la nación y, por consiguiente, se hallaba facultado para aplicar las disposiciones del artículo 15, párrafo 1, del Convenio con el fin para el que estas disposiciones están previstas, es decir, tomar medidas que deroguen las obligaciones que se desprenden del Convenio"⁸.

Es al Gobierno a quien corresponde determinar la existencia de una causal que habilite la declaración del estado de excepción. La necesaria legitimación que requiere tamaña decisión política viene dada por la intervención de los Parlamentos como expresión de la democracia representativa⁹ y por el requisito de la proclamación oficial que introduce el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con el propósito de exigir que la adopción de la medida sea conforme al derecho interno.

La suspensión se valida por su proporcionalidad al fenómeno que la provoca; esto es, por ser inevitable y acotada temporal y materialmente —"en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación"—, por su aplicación sólo a los derechos susceptibles de suspensión, por su compatibilidad con el derecho internacional humanitario y su ejercicio no discriminatorio —"siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada (únicamente) en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social"—. El requisito de la notificación tiene en mira evitar su aplicación retroactiva.

⁷ "Lawless c. Irlande N°3, requête 332/57", arrêt du 1er. juillet 1961, A3, # 28.

⁸ "Lawless c. Irlande N°3, requête 332/57", arrêt du 1er. juillet 1961, A3, #28 y 30.

⁹ Parliament: Guardian of Human Rights, Inter-Parliamentary Symposium, Budapest, 19-22 May 1993, IPU, Serie "Reports & Documents" N° 21.

En punto a lo primero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "...en la práctica, muchas veces, estos estados de emergencia han sido dictados sin que las circunstancias los justifiquen, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción queda evidenciada cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por otra, establecen estas medidas de excepción las que sólo pueden encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado" ¹⁰. Respecto de su duración, se ha sostenido que "El mantenimiento indefinido del estado de sitio es uno de los artificios empleados para dar una supuesta legalidad a la imposición de largas e indefinidas penas" ¹¹ y que "Más grave aún es el establecimiento de estos estados de emergencia indefinidamente o por un prolongado período de tiempo, sobre todo cuando ellos conceden al jefe de Estado un cúmulo tan amplio de poderes, incluyendo la inhibición del Poder Judicial respecto de las medidas por él decretadas, lo que puede conducir, en ciertos casos, a la negación misma de la existencia del Estado de Derecho" ¹².

De lo que se trata, pues, es de una suspensión de la vigencia de determinados derechos protegidos en el sentido del art. 57 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados ¹³.

Los derechos que no pueden ser suspendidos a tenor del art. 27 de la Convención Americana, del art. 15 del Convenio europeo, del art. 4 del Pacto Internacional y del art. 4 de la Carta Árabe son: el derecho a la vida, a la integridad personal (prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), prohibición de la esclavitud y servidumbre, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, prohibición de la legislación penal retroactiva, *non bis in idem*, *nullum crime nulla poena sine lege*, derecho al retorno, derecho de asilo político, libertad de pensamiento, conciencia y religión, prohibición de la prisión por deudas, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos y garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Por aplicación del principio *pro homine* como criterio residual de interpretación, la vigencia simultánea en un Estado del Pacto Internacional y de un tratado regional impone extender la lista de derechos no suspendibles de modo de incluir a la totalidad de los mencionados en ese carácter en los dos instrumentos. En este sentido, en el Sistema Interamericano la enumeración de los derechos del art. 27.2 de la Convención Americana impone extender los previstos en el art. 4 del Pacto

¹⁰ OEA/Ser.L/V/II.54 doc.9 rev.1, p. 115.

¹¹ OEA/Ser.L/V/II.47 doc.13 rev.1, p. 24.

¹² OEA/Ser.L/V/II.54 doc.9 rev.1, p. 115.

¹³ "La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada: a) Conforme a las disposiciones del tratado; o b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes".

Internacional y el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. A su vez, los derechos cuya suspensión está prohibida en todos los tratados de derechos humanos —universales y regionales, incluidos los de derecho internacional humanitario— constituyen el núcleo duro de los derechos humanos o derechos intangibles, esto es, la expresión del orden público internacional ¹⁴.

Las normas de que se trata son las que protegen el derecho a la vida, a la integridad (la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), la prohibición de la esclavitud y servidumbre, la prohibición de la aplicación de legislación penal retroactiva.

La necesidad evidente de que los recursos internos idóneos mantengan eficacia durante los estados de excepción está explicitada en el sistema interamericano que prohíbe expresamente la suspensión de las "garantías judiciales indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos ¹⁵ y ello porque "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" ¹⁶.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el carácter judicial de la garantía implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción ¹⁷. Genéricamente, las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos no suspendibles durante los estados de emergencia son el hábeas corpus previsto en el art. 7.6, el amparo y cualquier otro recurso efectivo ante los jueces de conformidad con el art. 25.1 y todos aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática de gobierno previstos en el derecho interno de los Estados partes como expresa el art. 29.c); todos los cuales deben ejercerse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal previsto en el art. 8 de la Convención Americana ¹⁸.

Lo anterior supone que se mantenga la independencia de los distintos órganos de poder del Estado, ya que "...dentro de un régimen de estado de sitio adecuadamente estructurado, como es todo aquel que no alcanza a alterar en grado

¹⁴ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, art. 53, 1155 UNTS 331.

¹⁵ Corte I.D.H., El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No.8, párr. 36.

¹⁶ *Idem*, párr. 26.

¹⁷ *Idem*, párrs. 29-30.

¹⁸ Corte I.D.H., Garantías Judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A N°9, párr. 31.

apreciable la independencia de los distintos órganos del Poder, el estatuto de los derechos humanos puede mantenerse básicamente incólume, al menos en lo que respecta a aquellos que se consideran fundamentales”¹⁹, de manera que sea efectiva la revisión judicial de las medidas adoptadas que impliquen una restricción de los derechos humanos toda vez que “ninguna norma jurídica interna o internacional justifica que las personas detenidas, mediante la simple invocación de esta facultad extraordinaria, sean mantenidas en prisión por tiempo indeterminado y prolongado, sin que se les formulen cargos por violación de la ley de seguridad nacional u otra ley penal y sin que se las someta a juicio, de manera que puedan ejercer el derecho a justicia y proceso regular”²⁰.

La CIDH ha manifestado en diversos casos que “la obligación nacional e internacional que tiene el Estado de enfrentar a personas o grupos de personas que emplean métodos de violencia con la intención de ocasionar terror en la población, y de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de dichos actos implica que debe sancionar a todos los responsables pero sólo a los responsables. El Estado debe funcionar dentro del imperio del derecho, de tal modo que se limite a sancionar estrictamente a quienes sean responsables y se abstenga de sancionar a los que sean inocentes. La administración de justicia dentro de un contexto legal y con las debidas protecciones judiciales sirve como garantía para no privar del derecho fundamental a la libertad inherente a cada ser humano que no haya incurrido en ninguna conducta punible. Es el caso que la única manera que tiene el Estado de cumplir con verdadera justicia tal función jurisdiccional es respetar a los procesados —justiciables— las garantías de un juicio justo”²¹.

Respecto de la detención sin orden de autoridad competente, la misma Comisión ha sostenido que:

“no desconoce el contexto que existía en Perú cuando se dictó la legislación antiterrorista, en el que las continuas incursiones de grupos armados habían provocado un estado de permanente zozobra sobre la población. Por tal motivo se había declarado en diversos Departamentos el estado de excepción, lo cual *prima facie* encontraba justificación en la crisis enfrentada por el Estado peruano para combatir el terrorismo. En virtud de tal estado de emergencia, había quedado suspendido en muchos Departamentos el art. 2(20)(g), 15 de la Constitución de Perú de 1979 y se había facultado a las fuerzas policiales y militares para detener legalmente a una persona sin orden de juez competente y sin necesidad de que existiera situación de flagrancia.

”84. Debe señalarse sin embargo que, no obstante la legitimidad *prima facie* de esta medida, la facultad de detener no constituye una facultad ilimitada para las fuerzas de seguridad, por medio de la cual pueden proceder a detener arbitra-

¹⁹ OEA/Ser.L/V/II.43, doc.13, p. 78.

²⁰ OEA/Ser.L/V/II.43, doc.19, corr.1, p. 58.

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 49/00, # 58.

riamente a los ciudadanos. La suspensión de la orden judicial para detener a una persona no implica que los funcionarios públicos quedan desvinculados de los presupuestos legales necesarios para decretar legalmente tal medida, ni que se anulen los controles jurisdiccionales sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones.

"85. La suspensión de algunos de los atributos del derecho a la libertad personal, que autoriza en ciertos casos el art. 27 de la Convención Americana, nunca puede llegar a ser total. Existen principios subyacentes a toda sociedad democrática que las fuerzas de seguridad deben observar para formalizar una detención, aun bajo estado de emergencia. Los presupuestos legales de una detención son obligaciones que las autoridades estatales deben respetar, en cumplimiento del compromiso internacional de proteger y respetar los derechos humanos, adquirido bajo la Convención.

"86. Asimismo, con base en los principios anteriores, la detención policial o militar, como medida cautelar, debe tener como único propósito evitar la fuga de un sospechoso de un acto delictivo, y asegurar así su comparecencia ante un juez competente, para que sea juzgado dentro de un plazo razonable o, en su caso, puesto en libertad. Ningún Estado puede imponer penas sin la garantía del juicio previo. En un Estado constitucional y democrático de Derecho, donde se respeta la separación de poderes, toda pena establecida en la ley debe ser impuesta judicialmente y tras haberse establecido la culpabilidad de una persona dentro de un juicio justo con todas las garantías. La existencia de una situación de emergencia no autoriza al Estado para desconocer la presunción de inocencia, ni tampoco confiere a las fuerzas de seguridad el ejercicio de un *ius puniendi* arbitrario y sin límites" ²².

Por su parte, la Corte Interamericana consideró que si bien la libertad personal es uno de aquellos derechos que pueden ser suspendidos en virtud de la declaración de estado de excepción prevista en el artículo 27 de la Convención, no lo es menos que no pueden serlo las garantías judiciales y que por haber carecido de la posibilidad de interponer recurso alguno para cuestionar su detención, el estado del Perú había violado los arts. 7 y 25 en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo ²³.

En todo caso, este aspecto relativo a la posible suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos durante la vigencia de un estado de excepción confirma que "un poder judicial independiente e imparcial formado por jueces idóneos es la mejor garantía para la adecuada administración de justicia, en definitiva, para la defensa de los derechos humanos" ²⁴.

²² *Id.*, # 83-86.

²³ Corte I.D.H., caso "Loayza Tamayo", sentencia de 17/9/1997, #50-55.

²⁴ OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1, p.193. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 49/00 relativo al Perú recrea los extremos anteriores, véase especialmente los párrs. 65-81.

III. LAS LEGISLACIONES ANTITERRORISTAS Y LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La generalidad de las legislaciones antiterroristas se inscribe en el marco de la restricción de los derechos humanos, esto es, de los límites que en atención a determinados fines sociales y a través de medios específicos, pueden imponerse a determinados derechos humanos.

En este orden de ideas, las normas vigentes en América permiten señalar que la libertad de conciencia y religión²⁵, la libertad de pensamiento y de expresión²⁶, el derecho de reunión²⁷, la libertad de asociación²⁸, el derecho de circulación y residencia²⁹, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección³⁰, el derecho de acceso a las audiencias públicas en los procesos penales³¹ contienen en su propia enunciación el criterio válido que autoriza una restricción legítima.

La restricción debe estar prescrita por ley³², ser necesaria en una sociedad democrática, para proteger la seguridad nacional³³, la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Esto es, que determinados requisitos en principio formales se conjugan con un número acotado de fines legítimos, de interpretación restrictiva, para legitimar las restricciones³⁴.

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 12.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18.3; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 14.3.

²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19.3; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 13.2.

²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 21; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 15.

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 22.2; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 15.

²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12.3; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 10.2.

³⁰ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8.1.a).

³¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1.

³² Este requisito no rige respecto del derecho de acceso a las audiencias públicas de los procesos penales pues se deja en manos del Tribunal la decisión respectiva.

³³ El criterio de la "seguridad nacional" no se aplica a la libertad de manifestar la propia religión o creencias, cf. art.12, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art.18, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁴ Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párrafo 37.

Por otra parte, el art. 32.2 de la Convención Americana, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Esta norma interamericana, que se compadece con el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁵ y, de alguna manera, con el art. 27.2 de la Carta africana³⁶, representa el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas respecto de determinados derechos en particular³⁷ y contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención Americana, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas³⁸. No es ésta, por cierto, una interpretación generalizada, toda vez que en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha sostenido que la ausencia de una cláusula general indica que las únicas restricciones legítimas son las que caben en el enunciado de las normas específicas³⁹, y así ha sido recogido en los Principios de Siracusa⁴⁰, que reflejan la práctica internacional en el tema.

En todo caso, la aplicación del principio *pro homine*, clave en la hermenéutica de los derechos humanos, impone no extender el campo de las restricciones legítimas pero también atender al razonable principio según el cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás, de alguna manera comprendido en la norma sobre deberes.

El requisito de la restricción legalmente prevista apunta a que ella esté contenida en una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al

³⁵ "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas en la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

³⁶ "The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest".

³⁷ Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párrafo 42.

³⁸ Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párrafo 65.

³⁹ Kiss, Alexander Charles, "Permissible Limitations on Rights", en *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights* (Louis Henkin, ed.), 1981, 290-310, p. 291.

⁴⁰ "The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights", 7 *Human Rights Quarterly*, 1985, 3-14, I.A.1, Limitation Clauses/General Interpretative Principles Relating to the Justification of Limitations/"No Limitations or grounds for applying them to rights guaranteed by the Covenant are permitted other than those contained in terms of the Covenant itself".

principio de igualdad y que, en caso de aplicación abusiva, debe dar lugar a recurso ⁴¹. En el contexto interamericano, debe tratarse de una ley formal, sancionada por el Poder Legislativo por el procedimiento para la adopción y sanción de las leyes previsto en las normas constitucionales del Estado de que se trate ⁴².

La Corte de San José ha endosado las apreciaciones del Tribunal europeo de derechos humanos en el caso "*Sunday Times*", señalando que cuando se exige que la restricción esté "prevista por la ley" se apunta a que dicha ley sea adecuadamente accesible, esto es, que el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada en las circunstancias de las normas legales aplicables a un caso dado, y, en segundo lugar, a que ella sea formulada con la suficiente precisión como para permitirle al ciudadano que regule su conducta, pudiendo prever las consecuencias que pueden surgir de una determinada conducta ⁴³.

La exigencia de una ley en sentido formal vincula a la restricción con el papel del Parlamento en la defensa de los derechos humanos. A este respecto, se ha puesto el acento en el carácter representativo —de tendencias políticas, sexos, razas, grupos étnicos, minorías, etc.— del Parlamento como fuente de su autoridad en la materia ⁴⁴. Ello se compadece con los más clásicos criterios del sistema republicano en el que el Parlamento es el órgano político y popular de control por excelencia. Lo apuntado no es sino un elemento más en la convicción sobre la necesidad de fortalecer su papel en América.

⁴¹ The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, items 15-18, 17 *Human Rights Quarterly* (1985), 3-14, : "15. No limitation on the exercise of human rights shall be made unless provided for by national law of general application which is consistent with the Covenant and is in force at the time the limitation is applied. 16. Laws imposing limitations on the exercise of human rights shall not be arbitrary or unreasonable. 17. Legal rules limiting the exercise of human rights shall be clear and accessible to everyone. 18. Adequate safeguards and effective remedies shall be provided by law against illegal or abusive imposition or application of limitations on human rights".

Los Principios de Limburgo relativos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 2 a 6 de junio de 1986, items 48-51: "48.- No se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor en momentos de la aplicación de la limitación. 49.- Las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, ni insensatas ni discriminatorias. 50.- Todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos. 51.- Se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales". Estos principios emanan de los Principios de Siracusa 15-18.

⁴² La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, N° 6.

⁴³ "*The Sunday Times Case*", Judgment 26 April 1979, Series A v.30, párrafo 49. Véase, Mark W. Janis & Richard S. Kay, *European Human Rights Law*, 1991, pp.297 y ss.

⁴⁴ Parliament: guardian of human rights, Inter-Parliamentary Symposium, Budapest, 19-22 May 1993, IPU, Serie "Reports & Documents" N°21.

La restricción legal se valida sólo si es "*necesaria en una sociedad democrática*". La función de esta cláusula es la de introducir un criterio de legitimación política en el proceso de limitación del alcance de un derecho ⁴⁵ según el cual la legitimidad debe expresar consistencia con los principios de una sociedad democrática ⁴⁶; esto es, la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos ⁴⁷. En los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la restricción es necesaria cuando se vincula con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas ⁴⁸.

La jurisprudencia de Estrasburgo es la iniciadora de la hermenéutica en este punto. El Convenio de Roma sólo admite como partes a los miembros del Consejo de Europa y éste exige el ejercicio efectivo y actual de la democracia ⁴⁹.

Así, en 1976, en el caso "Handyside vs. United Kingdom", el Tribunal europeo entendió que las limitaciones a los derechos deben estar justificadas por los principios de una sociedad democrática como una necesidad social imperiosa ("*a pressing social need*") a los fines de la protección de un interés legítimo ⁵⁰. Dos años más tarde, en su sentencia en el caso "Klass", el Tribunal sostuvo que las restricciones al secreto de las comunicaciones —art. 8.2 del Convenio europeo— impuesto por la Ley G10 de la República Federal de Alemania, eran "ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática en atención a la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de infracciones penales" ⁵¹.

En el caso "Dudgeon", la Corte precisó que "necesario" en este contexto no tiene la flexibilidad de otras expresiones como "útil", "razonable" o "deseable", sino que implica también la existencia de una "necesidad social imperiosa" (*pressing social need*) que justifique la interferencia ⁵². Para su valoración, las autori-

⁴⁵ GARIBALDI, Oscar M., "On the Ideological Content of Human Rights Instruments: The Clause 'In a Democratic Society'", en *Contemporary Issues in International Law. Essays in Honor of Louis B. Sohn* (Thomas Buergenthal, editor), Kehl/Strasbourg/Arlington, N.P.Engel, 1984, 23-68, 28-29.

⁴⁶ *Idem*, p. 67-68.

⁴⁷ The Siracusa Principles, items 19-21; los Principios de Limburgo, N°53-55.

⁴⁸ Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas (art. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párrafos 41-42.

⁴⁹ Según el art. 66.1 del Convenio europeo, éste "está abierto a la firma de los Miembros del Consejo de Europa (...)", los que, de conformidad con el art. 3 de la carta constitutiva de dicha organización regional, "(...) must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms...", Statute of the Council of Europe, done at London, 5 May 1949, 87 UNTS 103.

⁵⁰ "Handyside Case", Judgment of 7 December, 1976, Series A: v.24, #48.

⁵¹ "Klass and Others Case", Judgment of 26 April 1979. Series A: v.28 #48.

⁵² "Dudgeon Case", Judgment of 22 October, 1981, Series A: v.45, #51.

dades gozan de un "margen de apreciación" cuyo ámbito depende de la naturaleza del fin protegido con la restricción y de la naturaleza de las propias actividades implicadas⁵³. Trátase, pues, de una aplicación del principio de proporcionalidad⁵⁴.

Estos criterios se mantienen en los fallos más recientes del tribunal de Estrasburgo que en el caso "Zana", en relación con un político de la oposición que había declarado apoyar al movimiento de liberación nacional del PKK en momentos en que sus militantes habían ejecutado sumariamente a una serie de civiles, entendió que "una tal declaración, emanada de una personalidad política bien conocida en el sudeste de Turquía, cuando graves incidentes ponían al rojo vivo la región, podía entonces tener un impacto importante que justificara la adopción de una medida destinada a preservar la seguridad nacional y la seguridad pública"⁵⁵.

En sentido contrario, el 8 de abril de 1999, en ocasión del fallo del "caso Sürük contra Turquía" —en el que se alegaban violaciones a la libertad de expresión en razón de la condena impuesta al editor responsable de una publicación en la que se difundieron dos cartas de lectores condenando de manera virulenta las acciones militares de las autoridades en el sudeste de Turquía y acusándolas de reprimir brutalmente la lucha por la independencia y la libertad de la población kurda—, sostuvo que eran necesarios en una sociedad democrática para mantener la seguridad nacional. La Corte estudió con detalle los textos de las cartas, "Las armas no pueden contra la libertad" y "Es nuestra culpa", para lo que tuvo en cuenta muy especialmente "las dificultades relacionadas con la lucha contra el terrorismo". Concluye que las cartas deben ser entendidas como el llamado a una venganza sangrienta ya que despiertan instintos primarios y refuerzan los prejuicios ya anclados que se expresaron en una violencia asesina. Expresa el Tribunal que "el lector tiene la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada frente al agresor". En este orden de ideas, la Corte juzga que los motivos de condena del peticionario, que las autoridades presentaron como una amenaza a la integridad territorial del Estado, eran al mismo tiempo pertinentes y suficientes para justificar una injerencia en su derecho a la libre expresión⁵⁶.

En su sentencia en el caso "Erdem", el Tribunal europeo fundó la razonabilidad del control de la correspondencia cursada con el abogado defensor durante la prisión preventiva en caso de sospecha de actividades terroristas en la doctrina "Klass". Sostuvo que, estando la restricción prevista en la ley, ella sólo es necesaria en una sociedad democrática cuando se sitúa en el contexto excepcional de la lucha contra el terrorismo en todas sus formas. Se trata de una disposición

⁵³ *Idem*, #52.

⁵⁴ *Idem*, #53.

⁵⁵ Affaire "Zana c. Turquie", requête 18954/91, arrêt du 25 novembre 1997, #50-62.

⁵⁶ Affaire "Sürük c. Turquie", requête 26682/95, arrêt du 8 juillet 1999, # 62.

redactada en lenguaje absolutamente preciso ya que detalla la categoría de personas cuya correspondencia puede ser vigilada, es decir los detenidos sospechosos de pertenecer a una organización terrorista en los términos del Código Penal, él mismo sometido a examen internacional, y que consta de una serie de garantías (la apertura está a cargo de un magistrado independiente completamente de la instrucción, que debe mantener el secreto de las informaciones). Por otra parte, añadió, se trata de un control restringido ya que la comunicación oral con el defensor sigue siendo confidencial ⁵⁷.

Análogamente, el 9 de abril de 2002, en el caso "Yazar y otros", el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que la disolución del Partido del Trabajo del Pueblo, conocido como HEP, no era una necesidad social imperiosa a la luz de la Convención por lo que calificó el accionar de las autoridades turcas como violatorio del derecho protegido en el art. 11 del Convenio de Roma. En efecto, argumentó que "un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de legislación o de las estructuras legales o constitucionales de un Estado a condición de que, primero, los medios utilizados a tal fin sean desde todo punto de vista legales y democráticos, y, segundo, el cambio propuesto sea en sí mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De ello se sigue necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan a recurrir a la violencia o proponen un proyecto político que no respeta una o varias reglas de la democracia o que tiende a su destrucción así como al desconocimiento de los derechos y libertades que ella reconoce, no puede prevalecerse de la protección de la Convención para evitar las sanciones infligidas por estos motivos" ⁵⁸. Esta jurisprudencia novísima recrea los legendarios casos "Lawless" y "Klass".

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que "los juicios ante tribunales especiales integrados por jueces anónimos son incompatibles con el art. 14 del Pacto. No es posible alegar en contra de la autora que haya facilitado escasa información sobre el juicio de su marido: de hecho, la misma naturaleza de los juicios ante 'jueces sin rostro' en una prisión remota se basa en la exclusión del público de las actuaciones. En esta situación, los acusados desconocen quiénes son los jueces que les juzgan, y la posibilidad de que los acusados preparen su defensa y se comuniquen con sus abogados tropieza con obstáculos inaceptables. Además, este sistema no garantiza un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del art. 14 del Pacto: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial. En el sistema de juicios con 'jueces sin rostro', ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido *ad hoc*, puede estar compuesto por

⁵⁷ Affaire "Erdem c. Allemagne", requête 38321/97, arrêt du 5 juillet 2001, #50-70.

⁵⁸ Affaire "Yazar, Karatas, Aksoy et le Parti du Travail du Peuple (HEP) c. Turquie", requêtes n^{os} 22723/93, 22724/93 et 22725/93, arrêt du 9 avril 2002, #49.

militares en servicio activo. En opinión del Comité, ese sistema tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia, garantizado en el párr. 2 del art. 14”⁵⁹.

La Corte Interamericana no sólo ha endosado los puntos de vista de su par europea sino que se ha preocupado por subrayar que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁶⁰.

Así, ha sostenido que “al valorar estas pruebas la Corte toma nota de lo señalado por el Estado en cuanto al terrorismo, el que conduce a una escalada de violencia en detrimento de los derechos humanos. La Corte advierte, sin embargo, que no se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los derechos humanos. Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella (art. 29.2). Dicho precepto tiene raíces en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 30)”⁶¹. Por ello, concluyó que “la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común”⁶².

En otra ocasión, la Corte de San José expresó que “en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del art. 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que “[t]oda

⁵⁹ Comunicación N° 577/1994: Perú, 9/1/1998. CCPR/C/61/D/577/1994, # 8.8. En sentido análogo, ver Comunicación N° 688/1996: Perú, 14/8/2000. CCPR/C/69/D/688/1996.

⁶⁰ Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párrafo 46.

⁶¹ Corte I.D.H., caso “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁶² *Id.*, #62.

persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]" ⁶³.

En relación con los tipos penales de la legislación antiterrorista y su aplicación en el tiempo, la Corte entendió que "las conductas típicas descritas en los decretos-leyes 25.475 y 25.659 —terrorismo y traición a la patria— son similares en diversos aspectos fundamentales. (...) La existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. En efecto, la calificación de los hechos como traición a la patria implica que conozca de ellos un tribunal militar "sin rostro", que se juzgue a los inculpados bajo un procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que les sea aplicable la pena de cadena perpetua" ⁶⁴. Y concluyó que "en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Éste implica una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el art. de la Convención Americana" ⁶⁵.

Las cláusulas limitativas de derechos adquieren legitimidad, *inter alia*, en atención a los fines cuya preservación persiguen. En este orden de ideas, se ha señalado que "el principal obstáculo para una aplicación unívoca de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de *conceptos indeterminados*" ⁶⁶.

La seguridad nacional es una de las pautas de restricción de interpretación más estricta. De vapuleada invocación en los países del tercer mundo en general y en los de la América latina en la década del 70, ha servido para sesgar más vidas que las que con su invocación se pretenden preservar.

⁶³ Corte I.D.H., caso "Castillo Petruzzi", sentencia de 30/5/1999, #110.

⁶⁴ *Id.* #119.

⁶⁵ *Id.*, #121.

⁶⁶ THOMPSON JIMÉNEZ, José, "Las cláusulas limitativas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos" en *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, compilación de trabajos académicos del curso interdisciplinario en derechos humanos (1983-1987), (J.Thompson J., ed.), San José, IIDH, 1989, 29-53, 39.

Existe consenso en que el calificativo nacional apunta a lo que concierne a un país y no sólo a su gobierno ⁶⁷. Su definición se esboza a partir de una exégesis de la Carta de las Naciones Unidas. En este orden de ideas, en el contexto actual del derecho internacional de los derechos humanos, universal y regional, la mención de la seguridad nacional sólo autoriza la limitación de derechos cuando existe una efectiva amenaza o un uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado. Consecuentemente, ninguna violación a los derechos humanos puede justificarse a la luz de la seguridad nacional ⁶⁸. De allí que se haya dicho, no sin razón, que la seguridad nacional en relación con los habitantes de un país consiste en la inviolabilidad de sus derechos humanos ⁶⁹.

En 1978 en su sentencia en el caso "Klass", el Tribunal europeo de derechos humanos consideró que en ese momento las sociedades democráticas estaban amenazadas por formas altamente sofisticadas de espionaje y de terrorismo y que, en consecuencia, el Estado debía ser capaz de llevar a cabo la vigilancia secreta de los elementos subversivos en su jurisdicción. En este sentido, sostuvo que "la existencia de disposiciones legislativas acordando los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática en atención a la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de infracciones penales" ⁷⁰.

La Corte de Estrasburgo admitió que la orden respecto de la medida de vigilancia secreta y su desarrollo deben ejercerse sin el conocimiento del interesado pues así lo exigen la naturaleza y la lógica misma de la vigilancia secreta. Sin embargo, apuntó que ello no excluye la obligación de respetar tan fielmente como sea posible los valores de una sociedad democrática en los procedimientos de control. "Ello implica, entre otras cosas, que una injerencia del Ejecutivo en los derechos de un individuo sea sometida a un control eficaz que debe normalmente asegurar, al menos como último recurso, el acceso al Poder Judicial, pues él ofrece las mejores garantías de independencia, de imparcialidad y de regularidad en el procedimiento" ⁷¹. Aunque "el Tribunal estima en principio deseable que el control sea confiado a un juez, en un campo donde los abusos son potencialmente propicios en casos individuales y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto", en el caso de especie consideró que

⁶⁷ Kiss, Alexander Charles, "Permissible Limitations on Rights", en *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights* (Louis Henkin, ed.), 1981, 290-310, 296.

⁶⁸ The Siracusa Principles, ítem 29-32.

⁶⁹ LOCKWOOD (Jr.), Bert B., FINN, Janet y JUBINSKY, Grace, "Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions", 7 *Human Rights Quarterly*, 1985, 35-88, 72.

⁷⁰ "Klass and others case", Judgment of 26 April 1979, Series A:v.28, #48.

⁷¹ *Idem*, #55.

“la exclusión del control judicial no transgrede los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática”⁷². Ello fue así en razón de que la ley G10 prevé la existencia de un Comité de Parlamentarios —de composición equilibrada y con representación de la oposición— y un Comité Especial G10; además, el derecho interno permite interponer un recurso ante el tribunal constitucional. Cabe retener aquí la fluidez del mecanismo parlamentario alemán y a partir de allí concebir que el fortalecimiento al que apuntáramos en algún momento anterior se presenta como *conditio sine qua non* para pensar en alguna subrogación en el contralor del ejercicio de los derechos humanos.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha entendido que había violación al art. 19 del Pacto en el caso de un individuo que fue detenido y sometido a duras condiciones de trato por haber ejercido su derecho a la libertad de expresión, atribuyéndosele no haber tenido en cuenta el contexto político del país ni su lucha permanente por la unidad. El Comité consideró “que para proteger una unidad nacional supuestamente vulnerable no era necesario someter al autor (de la petición) a detención, reclusión prolongada ni tratos que violaran el art. 7. (...) que el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortalecer, la unidad nacional en condiciones políticas difíciles no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos”⁷³.

La seguridad pública, por su parte, apunta a proteger contra peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes⁷⁴.

IV. DERECHO COMPARADO: LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA EUROPEA DE LA DÉCADA DEL 70

Desde mediados de la década del 70 hasta promediar los años 80, Italia, España, Alemania, Francia, entre otros estados europeos, adoptaron legislaciones antiterroristas cuidando de lograr un adecuado equilibrio, que no siempre fue exitoso, entre la limitación de las libertades individuales y la seguridad del Estado.

1. Italia

El decreto ley 59 de 21 de marzo de 1978, convertido en ley 191 de 18 de mayo del mismo año, contiene normas penales y procesales para la prevención y represión de los más graves delitos, como los atentados a las instalaciones de pública utilidad, secuestros de personas con fines de extorsión, de terrorismo o

⁷² *Idem*, #56.

⁷³ “Albert Womah Mukong c. Camerun”, Comunicación N° 458/1991, A/49/40, vol. II, p. 186.

⁷⁴ The Siracusa Principles, ítem 33-34.

de eversión del orden democrático y el denominado delito "*di riciclaggio*" o de lavado de dinero, consistente en la sustitución de dinero o valores provenientes de rapiñas, extorsiones o secuestros de personas con fines extorsivos.

El decreto ley 59 y la posterior ley 894 de diciembre de 1980 contemplan el secuestro de persona con finalidad de terrorismo o de eversión que se erige al lado de la de secuestro extorsivo común con claras diferencias en punto al bien jurídico tutelado: el patrimonio en el secuestro extorsivo y la personalidad del Estado en el secuestro político; estas diferencias son las mismas en relación con el fin específico que califica la acción del sujeto activo en una y en otra.

Al terrorismo se asignan las características metodológicas de lucha política que comportan un uso extremo de la violencia, cuyas víctimas son personas inocentes. La actividad criminal consiste en la producción de una situación de pánico en la colectividad. Por su parte, la noción de eversión del orden democrático conlleva una alteración del orden público mediante la sustracción de la conducta a los canales previstos en la Constitución para alcanzar fines políticos.

Por su parte, el delito "*di riciclaggio*" —conocido como lavado de dinero o bienes— tiene prevista una pena de reclusión de cuatro a diez años y multa de uno a 20 millones.

Disposiciones de orden procesal refieren a la posibilidad de acompañar y retener en sede policial por un máximo de 24 horas a personas con fines de identificación, notificando de ello al procurador de la República quien, si estima que la identidad declarada o los documentos exhibidos no son falsos, ordena la liberación.

Un tema sensible enfocado por esta legislación es la autorización a los magistrados para transferir a la policía judicial sus facultades de interceptar e interrumpir comunicaciones telefónicas así como las operaciones para impedir comunicaciones en general. La autorización puede ser dada también oralmente aunque debe ser confirmada por escrito cuanto antes. En otra norma se admite la posibilidad de interceptar comunicaciones telefónicas con carácter preventivo.

La legitimidad constitucional de estas disposiciones ha sido seriamente cuestionada a la luz del art. 15 de la Constitución de la República italiana que protege expresamente "la libertad y el secreto de la correspondencia y de toda otra forma de comunicación". Además, las modalidades de la legislación no se compadecen con lo expresado por la Corte Constitucional Italiana en una sentencia de 4-6 de abril de 1973 que atribuyó esta facultad solamente a los magistrados, mediante acto motivado, cuando resultare imposible obtener el mismo resultado por otros medios y cuidando de contemporizar los intereses constitucionales protegidos, el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones y el deber institucional de prevención y represión de los delitos ⁷⁵.

⁷⁵ Sentencia nro. 34 del 4-6 de abril de 1973, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, pp. 316 y ss.

El posterior decreto ley 625 de 15 de diciembre de 1979 dispone medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad pública, agrava la comisión de delitos con finalidad de terrorismo o de evasión del orden democrático y tipifica el atentado contra la vida o la integridad de una persona con la misma finalidad.

Este mismo decreto ley establece el "*fermo di polizia*", esto es que cuando en el curso de operaciones de policía de seguridad tendientes a la prevención de delitos se hiciera evidente su absoluta necesidad y urgencia, los oficiales y agentes pueden disponer la detención (*fermo*) de personas en relación con las cuales, en razón de su comportamiento y objetivas circunstancias de tiempo y lugar, se imponga la constatación de los indicios atinentes a actos preparatorios delictivos.

Se ha señalado que la Constitución italiana no prevé la posibilidad de limitar los derechos y garantías que se refieren a la libertad personal en la forma en que lo hace este decreto. En el sistema de garantías de la libertad personal instituido por el art. 13 de la Constitución italiana, los poderes de coerción de la policía son subsidiarios. Ellos le son derivados para casos "excepcionales de necesidad y urgencia" como anticipo del ejercicio de dicho poder por los magistrados.

El 2 de junio de 1982 se adopta la ley 149, conocida como la "Ley de los Arrepentidos", que consagra la posibilidad de computar jurídicamente la disociación. Esta ley define casos de no punibilidad por hechos que constituyen delitos muy graves, si el delincuente, después de haber cometido el hecho determina la disolución de la asociación ilícita o de la banda armada, o se entrega sin oponer resistencia o abandonando las armas y aporta informaciones sobre la estructura y sobre la organización de la asociación terrorista a la que pertenecía.

Ella subordina la concesión del beneficio a un comportamiento de disociación de alguna manera relevante y controlable procesalmente. El requisito de aportar informaciones sobre la estructura y sobre la organización de la asociación o de la banda armada es determinante aun cuando la información que se brinde ya esté en conocimiento de las autoridades.

En los casos en que la colaboración con las autoridades da lugar a la aplicación de atenuantes se ha planteado la necesidad de buscar privilegiadas formas de protección de los "arrepentidos" en las cárceles.

2. España

Luego de establecer los derechos que pueden ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, la Constitución española de 1978 enuncia una disposición especial relativa a la suspensión de determinados derechos para personas determinadas. El art. 55(2) expresa:

"Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apart. 2, y 18, apart.

2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

Los derechos a cuya suspensión se refiere el art. 55(2) son los siguientes:

Art. 17 - 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Art. 18 - 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha encargado de precisar los alcances de las nociones de terrorismo y de bandas armadas interesados en estas normas y en la legislación adoptada en su consecuencia, así como de considerar la eventual violación del principio de igualdad que pudiera comportar esta legislación.

Así, el Tribunal ha sostenido que frente a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, “el Estado no basta a dar respuesta con los instrumentos ordinariamente puestos a su disposición para garantía de la seguridad y tranquilidad públicas y del orden constitucional. La emergencia o, cuanto menos, la situación que legitima al legislador para crear el marco normativo que permite este tipo de suspensión es precisamente la que deriva de las actividades delictivas cometidas por ‘bandas armadas o elementos terroristas’ que crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional. El terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como ‘terroristas’, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de ‘bandas’, en las que usualmente concurrirá el carácter de ‘armadas’. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esa actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el art. 55.2 de la Constitución. Ello se comprueba además con

la lectura de la discusión parlamentaria del precepto constitucional, en la que se constata un tratamiento común de formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho”⁷⁶.

En el mismo orden de ideas, el Tribunal ha concluido que la existencia de esta normativa legal no supone violación alguna del derecho a la igualdad sosteniendo, *inter alia*, que “esta previsión constitucional demuestra, sin necesidad de mayor argumentación adicional, el reconocimiento *ex Constitutione* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto del goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional”⁷⁷.

La Ley Orgánica 3/88, de 25 de mayo de 1988, modifica el Código Penal en punto a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. Esta legislación intenta cubrir todos los ángulos del problema mediante el reconocimiento automático de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros por este tipo de delitos, obligando a la imposición del máximo de la pena, capitalizando la colaboración de los arrepentidos, penalizando con severas sanciones todo tipo de asistencia a las bandas armadas o terroristas.

En su sentencia 199/1987, el Pleno del Tribunal Constitucional español ha sostenido que no puede decirse que el art. 2(3) suponga el uso de la analogía en el sentido técnico del término sino que se trata “más bien, de establecer si existe una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma en el delito que se enjuicia y en otro precedentemente enjuiciado en un ordenamiento extranjero. Ello puede generar dificultades en ciertos casos, dadas las grandes diferencias existentes al respecto entre las legislaciones penales comparadas, pero el elemento fundamental a tomar en cuenta es que el delito sea cometido por bandas armadas o terroristas, existiendo instrumentos internacionales, muy en particular el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 ratificado por España que establecen criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo”. En relación con el segundo agravio, el Tribunal ha expresado que “de acuerdo con el art. 12(3) del Código Civil, si la Ley extranjera aplicada fuera contraria al orden público no tendría aplicación en

⁷⁶ Sentencia nro. 199/1987, de 16 de diciembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, en los recursos de inconstitucionalidad números 285 y 292-85, interpuestos, respectivamente, por el Parlamento de Cataluña y el del País Vasco contra la Ley Orgánica 9/1984 (DG 1985, disposición 63), sobre actuación de bandas armadas o elementos terroristas y suspensión de derechos y libertades en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 7, 8 de enero de 1988, pp. 112-129, en pp. 120-121.

⁷⁷ *Idem*, p. 119.

España. Esta excepción de orden público habrá de entenderse que incluye también el respeto de los derechos de defensa, consagrados en nuestra Constitución y en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos”⁷⁸. Estas consideraciones han conducido al Tribunal a rechazar las impugnaciones a la constitucionalidad de la norma.

Finalmente, la ley agrava los hechos delictivos que atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales (art. 233).

3. Alemania

El art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn, enmendado el 24 de junio de 1968, consagra la inviolabilidad del secreto de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones. Empero, en un segundo párrafo, agrega que “las restricciones correspondientes no podrán disponerse más que en virtud de una ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un *Land*, la ley puede disponer que no se comunique al interesado y que el recurso judicial sea sustituido por un control a cargo de órganos y órganos auxiliares designados por la representación popular. Esta legislación ha sido referida *ut supra*.

Por su parte, el Código Penal de la RFA, en la versión actualizada de 1983, contempla la constitución de asociaciones terroristas y prevé las penas correspondientes⁷⁹. Así, quien establezca una asociación cuyo fin o actividades estén dirigidos a cometer asesinato, homicidio⁸⁰, genocidio, determinados actos punibles o crímenes contra la libertad personal, determinados actos punibles contra la seguridad pública, o quien adhiera como miembro a tales asociaciones para colaborar o apoyarlas, será sentenciado a pena privativa de la libertad de 6 meses a 5 años. Si el imputado pertenece a la dirigencia o al grupo de instigadores, la pena es de uno a 10 años; también es punible la tentativa de constituir una asociación con los fines indicados.

A diferencia de lo que ocurre con las legislaciones adoptadas en Italia y en España, la otrora República Federal de Alemania no ha contemplado la figura del arrepentido en su normativa antiterrorista.

⁷⁸ *Idem*, p. 122.

⁷⁹ Código Penal de la República Federal de Alemania, art. 129a.; versión de Das Deutsche Bundersrecht Nomos Verlag, edición actualizada, 1983, en traducción proporcionada por la Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación, República Argentina, 1992.

⁸⁰ No habiendo podido acceder a la lectura directa de las disposiciones del Código Penal aludido, no ha sido posible establecer cuáles son las diferencias que ese cuerpo legal establece en relación con asesinato y homicidio.

4. Francia

La ley 86-1020, relativa a la lucha contra el terrorismo y a los atentados contra la seguridad del Estado, introduce modificaciones a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal ⁸¹.

Se agrega al Código de Procedimiento Penal un nuevo título relativo a las infracciones relacionadas con conductas individuales o colectivas que tengan el propósito de alterar gravemente el orden público a través de la intimidación y el terror, a tenor del cual serán juzgados determinados delitos previstos en el Código Penal; en la ley de 19 de junio de 1871 que deroga el decreto de 1870 sobre fabricación de armas de guerra; la ley 70-575 que reforma el régimen de la pólvora y otras sustancias explosivas; el decreto-ley de 18 de abril de 1939 relativo al régimen de los materiales de guerra, armas y municiones; la ley 72-467 que prohíbe la puesta a punto, la fabricación, detención, acumulación de stock, adquisición y cesión de armas biológicas o a base de toxinas; la ley de 15 de julio de 1845 sobre policía de ferrocarriles.

La ley otorga competencia concurrente a la ya prevista para estos delitos al fiscal de la República, el juez de instrucción, el tribunal correccional y la "Cour d'Assises" de París.

Se dispone que la "*garde à vue*" (detención bajo vigilancia) de una persona puede prolongarse por cuarenta y ocho horas suplementarias cuando las necesidades de la investigación o de la instrucción de la causa así lo exijan, mediando autorización del presidente del Tribunal en cuyo ámbito de jurisdicción territorial se encuentre el imputado, adoptada luego de haberlo tenido a la vista. Decidida la prórroga se impone un examen médico por profesional de la medicina designado por el juez de instrucción.

También cuando las necesidades de la investigación de uno de estos delitos lo exija, el presidente del Tribunal de la Gran Instancia o el juez delegado por él pueden disponer visitas domiciliarias, registros y secuestro de piezas de convicción sin requerir para ello el consentimiento de la persona en cuyo domicilio se practiquen.

La legislación francesa también hace espacio a la figura del arrepentido que colabora con las autoridades. El art. 463-1 del Código Penal modificado contempla la exención de pena para la persona que habiendo intentado cometer como autor o como cómplice algunos de los delitos allí enumerados en relación con conductas que tienen por objeto alterar gravemente el orden público a través de la intimidación o el terror, ha advertido a la autoridad administrativa o judicial, permitiendo evitar que el delito tenga lugar e identificar, llegado el caso, a los otros culpables. Idéntico beneficio se prevé para quien habiendo cometido el delito, advierte a la autoridad administrativa o judicial, permitiendo con ello evitar que

⁸¹ Loi 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État; *Journal Officiel de la République française*, 10 septembre 1986.

el delito comporte la muerte de un hombre o su incapacidad permanente e identificar, llegado el caso, a los otros culpables.

Asimismo, el autor o cómplice de alguno de estos delitos que, antes de la iniciación de las investigaciones judiciales, permita o facilite la identificación de los otros culpables, o, ya iniciadas las investigaciones judiciales, permita o facilite su detención, verá su pena reducida a la mitad o fijada en veinte años si le correspondiera la reclusión perpetua.

La ley dispone, finalmente, el derecho a indemnización de las víctimas de estos delitos, la que será asegurada mediante un fondo de garantía.

V. EL ENFOQUE INTERNACIONAL

A partir de la concepción del Estado como garante de un orden social basado en el imperio del derecho y la justicia y el pleno respeto por los derechos humanos, la comunidad internacional de estados institucionalizada en las Naciones Unidas ha sido activa en la adopción de normas jurídicas internacionales para combatir y erradicar el terrorismo.

Por la propia naturaleza internacional del fenómeno del terrorismo, la fuente normativa básica para su regulación es convencional. Un total de doce instrumentos convencionales han sido adoptados a nivel universal para hacer frente al terrorismo internacional.

Los convenios comportan una serie de obligaciones básicas para las partes. Trátase de la tipificación de los delitos que ellos describen, tipo básico, atenuantes y agravantes y figuras asociadas, que deben ser incorporados a la legislación penal del Estado a efectos de consolidar la garantía del *nullum crime nulla poena sine lege*. En la redacción normativa es importante evitar tipos ambiguos o muy abiertos así como leyes penales en blanco que importan una amenaza para las garantías judiciales.

El Estado debe establecer su jurisdicción a los fines de los delitos de que se trata y para ello debe reposar en alguno de los principios que el derecho comparado ha puesto a su disposición, esto es, territorialidad, nacionalidad activa o pasiva, efectos, etc.

Se consagra también el principio de procesar o extraditar y para ello, se establece el carácter de derecho común del delito terrorista de que se trata —afirmación ésta que refuerza el criterio que expondremos más abajo respecto de la competencia primaria de los tribunales ordinarios para juzgar a los terroristas—, se tiene por dada su inclusión entre aquellos que dan lugar a la extradición y los propios tratados se constituyen con base legal para ello.

Los tratados reposan en mecanismos de cooperación internacional que son, en definitiva, los únicos con potencialidad suficiente para una persecución exitosa y respetuosa de las garantías judiciales. De hecho, el proyecto de Convención

Interamericana contra el Terrorismo estructura sólo un sistema de cooperación con base en los instrumentos internacionales vigentes.

La primera de estas vías, que concitó un alto grado de participación nacional, alcanzó su materialización el 9 de diciembre de 1994, cuando la Asamblea General adoptó la Declaración sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, A/RES/49/60, que por vez primera condena firmemente al terrorismo internacional señalando que debe ser tratado sin ambigüedades como un crimen para el cual no puede haber ningún justificativo político. En tal sentido, los actos terroristas son considerados actos criminales concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general o en un grupo de personas o personas en particular con fines políticos, resultando inadmisibles las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra naturaleza que se hagan valer para justificarlos. Allí se pone de manifiesto la necesidad de la cooperación internacional en la materia.

VI. LOS ACTORES NO ESTATALES Y LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS ⁸²

La noción de derechos humanos conlleva la relación Estado-individuo. Si el último es el titular de los derechos protegidos, el primero es su garante. En rigor, todas las normas internacionales en la materia consagran los deberes del Estado de respetar y garantizar los derechos protegidos a todas las personas bajo su jurisdicción ⁸³.

El hecho de que la atribución de responsabilidad quede acotada a los estados sustrae al ámbito de conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos las denuncias contra grupos armados respecto de los cuales no resulta

⁸² Me excuso de reiterar aquí en lo sustancial el trabajo "Responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos y los entes no estatales", en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1997, v.2, 1155-1173.

⁸³ Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966, A/RES/2200 A (XXI); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 19 de diciembre de 1966, A/RES/2200 A (XXI); Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, 28 de junio de 1981, 21 ILM 58 (1982); Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, A/RES/44/25. Ello sin perjuicio de los tratados relativos a derechos determinados como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Nueva York, 21 de diciembre de 1965, 660 UNTS 195; Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, A/RES/34/180; Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984, A/RES/39/46 (en adelante Convención contra la Tortura).

posible acreditar un vínculo de dependencia estatal. Ello no obstante, la alegación de que entes no estatales violan los derechos humanos es recurrente.

Hace casi 20 años, el gobierno militar de la Argentina legó al mundo un documento en el que se afirmaba sin ambages que "la actividad terrorista implica una violación grave, masiva, sistemática y persistente de los derechos humanos, tal como se encuentran tipificados en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y sus protocolos adicionales, así como de la Constitución Argentina"⁸⁴.

Resulta difícil asumir en derecho que pueda atribuirse responsabilidad internacional a quien no es sujeto de derecho internacional. Ello no implica que todo sujeto de derecho internacional pueda violar todas las normas de derecho internacional.

Los conceptos de personalidad, subjetividad y capacidad jurídica se encuentran íntimamente vinculados entre sí; se admite que se trata de nociones equivalentes aunque no existe consenso en cuanto a su contenido y naturaleza⁸⁵, toda vez que calificar a un determinado ente como persona no significa en modo alguno explicitar sus capacidades⁸⁶. En todo caso, y a los fines que nos ocupan, cabe asumir que la personalidad subyace a la responsabilidad. Ello así, la una o la otra deben demostrarse para lograr una conclusión, forzosamente preliminar, sobre el punto.

Los derechos humanos están concebidos para su goce y ejercicio en todo tiempo; esencialmente en situaciones normales⁸⁷. Ello exige que a quien se atribuya su violación pueda exigírsele su observancia. Para ello debe tratarse de un ente con permanencia suficiente como para brindar tal garantía y con capacidad suficiente como para satisfacerla, haciendo cumplir las normas de derechos humanos.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, esto es, de las normas que protegen a las víctimas de los conflictos armados, tanto los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁸⁸ cuanto los Protocolos Adicionales de 1977⁸⁹

⁸⁴ Proceso de Reorganización Nacional, El Terrorismo en la Argentina, 1979, p. 12. La cita es ilustrativa, más allá de su imprecisión toda vez que los derechos humanos no son conductas que requieran tipificación, como sucede con los delitos, y del hecho de que la Declaración Universal carezca de protocolos y de que la Convención Americana no se encontrara en vigor en la Argentina en ese momento.

⁸⁵ QUADRI, R., "Cours général de droit international public", 113 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 373

⁸⁶ O'CONNELL, D.P., *International Law*, Londres, Stevens & Sons, Oceana, 1965, vol. I, 89.

⁸⁷ De allí que los tratados incluyan cláusulas especiales para las situaciones de excepción o emergencia: art. 5 del Convenio Europeo, art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27 de la Convención Americana.

⁸⁸ 75 UNTS 31, 85, 135, 287.

⁸⁹ 1125 UNTS 3, 609.

contemplan situaciones en las que una de las partes es un ente no estatal y le atribuyen obligaciones cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad. De esta suerte, en la guerra de liberación nacional, en la insurgencia interna y en la guerra civil, la parte no estatal en el conflicto asume obligaciones respecto de personas físicas. Empero, la capacidad internacional de tales entes no estatales vinculados por las normas del derecho internacional humanitario está acotada a la existencia y duración del conflicto ⁹⁰. En esa medida, deben hacerse cargo de las obligaciones que para ellos emergen de las normas de Ginebra y, eventualmente, responden por ellas.

Existe una analogía evidente entre las obligaciones que asumen los entes no estatales en los conflictos armados antes reseñados. En líneas generales, todas las obligaciones obedecen a un contenido común que se compadece con el de los derechos humanos no suspendibles en estados de excepción.

La diferencia de técnica legislativa es también relevante. En este sentido, los tratados de derechos humanos mencionan expresamente derechos no suspendibles, explicitan las circunstancias excepcionales en que pueden suspenderse otros derechos y las modalidades en que ello debería tener lugar. Ello, porque la asunción básica es la vigencia en todo tiempo de las normas que consagran derechos protegidos. Por su parte, las normas de derecho internacional humanitario detallan cuidadosamente cada una de las obligaciones de respeto y cómo deben ser cumplidas. Ello porque están imponiendo obligaciones a entes que sólo se encuentran vinculados por ellas en razón del conflicto.

Así las cosas, por ejemplo, Human Rights Watch/America —que desde 1984 decidió ocuparse de los actos llevados a cabo por las partes no estatales en los conflictos armados que se desarrollaban en América latina— concluyó que en el desarrollo de la ofensiva lanzada por el FMLN (Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional) en El Salvador el 11 de noviembre de 1989 la tragedia no habría sido tan grande de haber respetado ambas partes las leyes de la guerra ⁹¹. Ello sin perjuicio de subrayar, acto seguido, que las fuerzas militares habían intensificado las violaciones a los derechos humanos ⁹². En el curso del año 2001, reclamó del jefe de las FARC, Manuel Marulanda (a) Tirofijo, la violación de las normas del derecho internacional humanitario ⁹³.

⁹⁰ BARBERIS, Julio, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 116: "...existen otros sujetos del derecho de gentes que nacen con motivo de una situación de beligerancia y que se extinguen con ella".

⁹¹ Carnage Again: "Preliminary Report on Violations of the Laws of War By Both Sides in the November 1989 Offensive in El Salvador", *An Americas Watch Report*, p. 1-2: "Both the Government and the FMLN appear to have violated the rules of war during the first week of the offensive".

⁹² *Idem*: "Further, noncombat human rights violations by the military have intensified dramatically as Government forces apparently took advantage...".

⁹³ Carta de Human Rights Watch a Manuel Marulanda (a) Tirofijo de 10 de julio de 2001.

En el mismo orden de ideas, en el contexto del examen de la situación de los derechos humanos en Guatemala, se ha señalado que "el art. 3 común (a los Convenios de Ginebra de 1949) impone obligaciones a ambas partes contendientes"⁹⁴ y que "por el derecho internacional convencional y consuetudinario, las partes en el conflicto armado interno cuya finalización se negocia, están obligadas a respetar el derecho internacional humanitario"⁹⁵.

De lo expuesto puede seguirse que los entes vinculados por el derecho internacional humanitario —los rebeldes y los insurgentes— deben su personalidad internacional al conflicto. En la medida en que éste se desarrolle, ellos ejercen un control sobre personas e incluso territorio que los obliga a respetar los derechos humanos en los conflictos armados. Finalizado el conflicto, estos entes ora cambian su naturaleza y, en ese caso, pueden devenir responsables de violaciones a los derechos humanos en otro carácter —v.g., como gobierno— ora desaparecen y, en general, responden ante los tribunales por los ilícitos cometidos.

En estos contextos en los que el derecho sólo alcanza para regular la violencia, hay niveles de violencia prohibida. Así los actos terroristas son infracciones graves a los Convenios y a los Protocolos y su realización descalifica al autor como víctima con derecho a protección⁹⁶.

Más allá de lo anterior, la relación de situaciones contempladas por el derecho internacional humanitario evidencia lagunas. Así los tumultos internos, las tensiones interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados excluyen toda aplicación del derecho internacional humanitario. En estos escenarios los actos, métodos y prácticas terroristas han encontrado campo fértil.

Los grupos armados irregulares, los grupos terroristas, se han visto con frecuencia atribuir la violación de los derechos humanos⁹⁷. La cuestión se ha planteado en el terreno de las defensas del Estado.

En el ámbito de los órganos deliberativos de las Naciones Unidas, la cuestión de los entes no estatales y los efectos de sus acciones sobre el disfrute de los

⁹⁴ E/CN.4/1994/10, #194.

⁹⁵ E/CN.4/1995/15, # 41.

⁹⁶ V.g., art. 147 Cuarto Convenio, I:51:2,75;2; II:4.2,13.2. GASSER, Hans-Peter, "Prohibition of terrorist acts in international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, 1986, 1-15.

⁹⁷ La doctrina ha abundado en el tema. Además de lo ya citado en este artículo, véase. MÉNDEZ, Juan, "Violaciones de derechos humanos por agentes no estatales", *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, 38, 1993, 18-25; "Agentes no estatales de violencia política y violaciones de derechos humanos" en *Temas de Derechos Humanos*, 1, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, 30-51; RODLEY, Nigel, "Can Armed Opposition Groups Violate Human Rights?" en *Human Rights in the Twenty-first Century. A Global Challenge*, K.E. Mahoney & Paul Mahoney ed., Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 297-318; "Le défi d'être humain", *Rapport de la Commission sur les questions humanitaires internationales*, Paris, Berger-Levrault, 1988.

derechos humanos ha sido planteada a partir de 1990 por estados que, precisamente, afrontaban situaciones de violencia importante: Perú, Colombia, Filipinas. Los pronunciamientos logrados evidencian un lenguaje zigzagueante que se constituye en cada ocasión en una propuesta que el lapso que media hasta el próximo encuentro permitirá ratificar o rectificar.

Así las cosas, la Asamblea General de las Naciones Unidas condena inequívocamente todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, en todas sus formas y manifestaciones, dondequiera que se cometan y quienquiera que los cometa, por tratarse de actividades que tienen por objeto destruir los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia y que constituyen una amenaza para la integridad territorial y la seguridad de los estados, desestabilizan los gobiernos legítimamente constituidos, socavan la sociedad civil pluralista y tienen consecuencias adversas para el desarrollo económico y social de los estados ⁹⁸.

La Declaración y Plan de Acción de Viena, adoptados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, expresa que los actos, métodos y prácticas de terrorismo son actividades que tienen por objeto destruir los derechos humanos, esto es, que atacan los bienes jurídicos tutelados por los derechos humanos: la vida, la integridad, la libertad ⁹⁹.

En el ámbito más reducido de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías se manifiesta preocupación "por las violaciones patentes de los derechos humanos perpetradas por grupos terroristas" ¹⁰⁰. Los estados perciben la atmósfera del reclamo más sensiblemente. Así, las actividades terroristas son actos de agresión. Ello supone de alguna manera llegar a mercenarios o bandas armadas.

En el Sistema Interamericano, también ha cristalizado la preocupación por los efectos adversos respecto del goce y ejercicio de los derechos humanos ¹⁰¹.

⁹⁸ A/RES/48/122. El tenor se reitera en A/RES/49/185 y A/RES/50/186.

⁹⁹ A/CONF.157/23, # 17: "los actos, métodos y prácticas terroristas en todas sus formas y manifestaciones, así como los vínculos existentes en algunos países con el tráfico de drogas, son actividades orientadas hacia la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazan la integridad territorial y la seguridad de los estados y desestabilizan a los gobiernos legítimamente constituidos".

¹⁰⁰ Resoluciones 1990/75, 1991/29, 1992/42, 1994/46, 1995/43, 1996/47, 1997/42, 1998/47, 1999/27, 2000/30, 2001/37 y 2002/35 de la Comisión de Derechos Humanos; resoluciones 1994/18, 1997/42, 1998/29, 1999/26, 2001/18 de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías.

¹⁰¹ En 1990, la Asamblea General de la OEA adoptó la resolución AG/RES 1043(XX-0/90) intitulada "Consecuencias de actos de violencia perpetrados por grupos armados irregulares en el goce de los derechos humanos". En dicho instrumento, la Asamblea expresa "su más enérgico rechazo a los crímenes perpetrados por grupos armados irregulares y su profunda preocupación por el efecto adverso en el goce de los derechos humanos que tales actos provocan, poniendo en peligro el funcionamiento y la estabilidad de las instituciones democráticas del Hemisferio".

Si de las resoluciones puede inferirse la posibilidad de un reproche internacional por la violación de derechos humanos, otros elementos deben coadyuvar a tal atribución.

Parece claro que los órganos deliberativos no son naturalmente el escenario de la elaboración de normas internacionales. Aun cuando la mayoría de ellas obtenga algún grado de reconocimiento en razón de su endoso por una resolución de una organización intergubernamental, no puede dudarse de que los estados no asisten a las sesiones con el espíritu de legislar sino de definir políticas.

Por el contrario, la Comisión de Derecho Internacional, que es el organismo subsidiario de la Asamblea General creado específicamente con miras a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional ¹⁰², ha caracterizado al terrorismo internacional como un crimen contra la paz y la seguridad internacionales ¹⁰³. Lo que no permite inferir que se trate de una violación de derechos humanos. En todo caso, en tanto que terrorismo de Estado, no cabrá dudas de su carácter de acto lesivo de los derechos humanos ¹⁰⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la Asamblea General fue también el escenario de la condena más firme al terrorismo internacional que se realiza en la ONU desde que el tema se inscribió en el programa de su órgano plenario en los inicios de la década del 70. Así el 9 de diciembre de 1994, la Asamblea General adoptó la declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional que considera los actos terroristas como actos criminales concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general o en un grupo de personas o personas en particular con fines políticos, resultando inadmisibles las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra naturaleza que se hagan valer para justificarlos ¹⁰⁵.

¹⁰² Carta de las Naciones Unidas, art. 13.1.b).

¹⁰³ Informe de la CDI, 1995, 47 período de sesiones, p. 68: El nuevo texto del art. 24 propuesto por el relator especial expresa que "constituye un acto de terrorismo internacional el hecho de realizar, organizar, ordenar, facilitar, financiar, instigar o tolerar actos de violencia que atenten contra los ciudadanos de otro Estado o contra sus bienes, creando un estado de terror (pavor o espanto) en el ánimo de los dirigentes, de grupos de personas o de la población en general, con objeto de obligar a dicho Estado a conceder ciertas ventajas o actuar en un sentido determinado". En este orden de ideas, "el que sea declarado culpable de haber cometido u ordenado cometer, en calidad de agente o de representante de un estado o a título particular, cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2 del presente artículo será condenado..."

¹⁰⁴ S/RES/1054(1996) "*demanded that the Government of Sudan desist from engaging in activities of assisting, supporting and facilitating terrorist activities and from giving shelter and sanctuary to terrorist elements...*". Véase, *Terrorismo y derechos humanos*. Informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, relatora especial, E/CN.4/Sub.2/2001/31.

¹⁰⁵ A/RES/49/60; Asamblea General. Cuadragésimo-noveno período de sesiones, *Documentos Oficiales*, A/49/743.

Los órganos del sistema internacional de protección han avanzado sus razones para explicar por qué no se han ocupado de los actos llevados a cabo por grupos terroristas o guerrilleros.

En primer lugar, las normas que rigen su funcionamiento sólo los habilitan para investigar actos u omisiones atribuibles a los estados en el contexto del sistema de peticiones ¹⁰⁶.

Asimismo, debe tenerse presente que la constatación por parte de los órganos de control de la violación de un derecho humano protegido por los instrumentos de derechos humanos implica necesariamente atribuir responsabilidad por esa violación al ente que la cometió y ello comporta un reconocimiento de personalidad ¹⁰⁷. Los órganos de control carecen de facultades en este sentido. Por otra parte, tal reconocimiento importa constituir a estos grupos en personas de derecho internacional aún con carácter provisorio, lo que traduciría una indudable injerencia en los asuntos internos de los estados.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "la Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados" ¹⁰⁸.

Por su parte, al estudiar el tema de los grupos armados irregulares y los derechos humanos, como consecuencia de la solicitud formulada por la Asamblea General de la OEA en la resolución más arriba mencionada, la CIDH ha sostenido que "todo el sistema de protección de los derechos humanos está diseñado en función del reconocimiento del Estado como sujeto de la relación jurídica básica en materia de derechos humanos y es contra él que se presentan las denuncias por violación de los derechos protegidos en la Convención. Esta concepción jurídica fundamenta también la estructura y funciones de los organismos internacionales encargados de la tutela y promoción de los derechos humanos" ¹⁰⁹.

Ello corrobora su posición tradicional en el sentido de que "quienes acusan a la Comisión por no aceptar denuncias relativas a actos terroristas cometidos por grupos subversivos no sólo desconocen las normas legales aplicables a entidades

¹⁰⁶ Así el art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰⁷ La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha establecido un vínculo claro entre la subjetividad internacional y la responsabilidad. Cf. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1949, 174 en p. 178.

¹⁰⁸ Corte I.D.H., Asunto de Viviana Gallardo y otras, decisión de 13 de noviembre de 1981, N°101/81, Serie A, párrafo 16.

¹⁰⁹ OEA/Ser.L/V/II.79 rev.1 doc.12, p. 541.

como la CIDH, sino también implícitamente están solicitando elevar el estatuto internacional de tales grupos y apoyar su propaganda" ¹¹⁰.

En el ámbito de los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha manifestado en sus "Métodos de Trabajo" que sólo procesaba las denuncias de desaparición atribuidas a los estados y que, en su opinión, como cuestión de principio, no debía pedir información con miras a la investigación a los grupos terroristas o insurgentes.

El relator especial sobre la cuestión de la tortura señaló que omitía intencionalmente considerar los actos de violencia perpetrados por terroristas como violaciones a los derechos humanos. Expresó que entendía que la Comisión de Derechos Humanos no deseaba dignificar a los perpetradores de violencia criminal describiéndolos como violadores de los derechos humanos ni, menos aún, dirigiéndose a ellos como si tuvieran el tipo de autoridad que cabe en el sistema internacional de protección de los derechos humanos ¹¹¹.

Por su parte, el relator especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias ha constatado que el problema de la violencia provocada por grupos armados de oposición había conducido al asesinato de miembros de las fuerzas armadas y de numerosos civiles. Sin perjuicio de ello, el relator especial recordó a todos aquellos que le requerían actuar respecto de los asesinatos cometidos por terroristas que ello no cabía en su mandato a menos que pudiera acreditarse un vínculo con el Estado ¹¹².

El grupo de trabajo sobre la detención arbitraria expresó claramente que la privación de libertad llevada a cabo por grupos terroristas no entraba en su mandato ¹¹³ así como que la legislación especial para combatir el terrorismo era frecuentemente empleada para impedir el ejercicio de derechos legítimos ¹¹⁴.

En ocasión de la Tercera Reunión de relatores especiales, representantes, expertos y presidentes de los grupos de trabajo encargados de los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos y del Programa de Servicios de Asesoramiento, celebrada en 1996, los expertos concluyeron que al tratar las consecuencias de los actos, métodos y prácticas de los grupos terroristas deben adoptar un criterio orientado a la víctima. Asimismo, señalaron que los delitos cometidos por los grupos terroristas no resultan excusa válida para justificar la violación de los derechos humanos ¹¹⁵.

¹¹⁰ OEA/Ser.L/V/II.49 doc.19, p. 29.

¹¹¹ E/CN.4/1994/31, # 12-13.

¹¹² E/CN.4/1996/4, # 609.

¹¹³ E/CN.4/1995/31, #25.

¹¹⁴ E/CN.4/1996/40, #58.

¹¹⁵ E/CN.4/1997.

En 1991, en su Reunión de Yokohama, Amnesty International decidió preocuparse por las víctimas de los actos perpetrados por los grupos armados de oposición sin que ello implique un efecto sobre el estatuto jurídico de tales grupos ni sobre el carácter legítimo del recurso a la fuerza ¹¹⁶. Esta posición ha sido continuada por otras organizaciones, esencialmente internacionales, en el diseño de sus políticas. A estos fines, Human Rights Watch ha subrayado la importancia de no omitir el dato a los fines de conformar un acabado cuadro de situación sin perjuicio de señalar que no cabe el reproche por el incumplimiento.

Los analistas políticos indican que el terrorismo del futuro se caracterizará más por la acción individual y sofisticada que por la actividad grupal ¹¹⁷. Si ello es así, resulta todavía más complejo concebir la responsabilidad internacional de entes no estatales por las violaciones de los derechos humanos ¹¹⁸.

El derecho vigente parece indicar que sólo el Estado es responsable por las violaciones de derechos humanos ya que sólo él puede asumir acabadamente las obligaciones de respeto, garantía y de adopción de las medidas internas necesarias para garantizar los derechos humanos. Ello no permite concluir automáticamente que otros entes no puedan ejercer las mismas obligaciones en contextos más acotados y por períodos determinados de tiempo, como sucede con los entes surgidos de la situación de beligerancia que están obligados respecto de los derechos humanos en tiempo de conflicto armado. Empero, en esta situación no se trata de asumir obligaciones en materia de derechos humanos sino de derecho internacional humanitario.

Más allá de lo dicho, cabe cuestionarse sobre la coherencia de un orden jurídico que proscribe el uso de fuerza y en el que se pretende reconocer subjetividad a entes que hacen de la violencia y de la fuerza su modo de actuar.

VII. LOS DERECHOS HUMANOS COMO MARCO DE UNIÓN ¹¹⁹

No hay fórmulas mágicas para encarar la prevención ni la represión del terrorismo. Ni la aplicación generalizada de la ley marcial ni la declaración despro-

¹¹⁶ "Amnistía Internacional es un movimiento mundial de voluntarios que se esfuerza por prevenir algunas de las peores violaciones de derechos humanos que cometen los gobiernos. (...) Amnistía Internacional se opone también a los abusos de los grupos de oposición...", A.I., Informe 1996, Madrid, EDAI, 1996.

¹¹⁷ LAQUEUR, Walter, "Postmodern Terrorism", 75 *Foreign Policy*, September-October 1996, pp. 24-36, p. 34.

¹¹⁸ En la Quinta Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en octubre de 1995 en Bariloche, República Argentina, se produjo un documento que, en su párrafo 6, expresa que el terrorismo es un flagelo que viola los derechos humanos.

¹¹⁹ E/CN.4/2002/18 *Human Rights a Uniting Framework*, Report by the High Commissioner.

porcionada de un estado de excepción proporcionan remedio. Sí el fortalecimiento del Estado de Derecho, de sus instituciones y, entre ellas, del Poder Judicial.

El 10 de diciembre de 2001, los 17 expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas produjeron un mensaje a la comunidad internacional de estados en el que recordaron lo obvio, la necesidad de hacer cumplir el derecho respetando el derecho ¹²⁰.

No cabe pensar en dejar al Estado deslizarse en las manos de quienes hacen del terror hacia los civiles su arma.

En muchos países, quizás en los nuestros, una vida no vale nada. Sin embargo, nada vale una vida.

El fortalecimiento de las instituciones, su transparencia, el control ciudadano sobre la cosa pública son los únicos reaseguros a la hora de adoptar medidas para enfrentar el terrorismo. En el hacer de la democracia, en la *iuris dictio* de los jueces, en la genuina representatividad de los representantes, en el control de los ciudadanos, en el Estado de Derecho, está la diferencia.

¹²⁰ E/CN.4/2002/137, Anexo.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN AVANCE EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

por SILVIA A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI*

I. INTRODUCCIÓN

La creciente preocupación por los derechos humanos y el derecho internacional humanitario unida a la flagrante violación de estos derechos en conflictos recientes han alentado una cultura internacional de lucha contra la impunidad que ha generado a su vez una transformación significativa del contenido y aplicación del derecho internacional y de la administración de justicia en los sistemas domésticos.

Dicha transformación tiene dos vertientes principales y complementarias. Por una parte se criminaliza al derecho internacional. A la preocupación hasta hace poco casi exclusiva del derecho internacional por la responsabilidad del Estado, se suma la preocupación por hacer efectiva la responsabilidad individual por crímenes internacionales. A través de nuevas disposiciones y de la jurisprudencia nacional e internacional se desarrollan normas sustantivas destinadas a ampliar las posibilidades de investigación y el enjuiciamiento de los responsables tanto a nivel nacional como internacional. Entre estas normas, se amplía y precisa la tipificación de las conductas que deben ser consideradas crímenes internacionales, abandonándose fórmulas vagas de dudosa legalidad por figuras de contornos delimitados que mejoran tanto las garantías para el acusado como las posibilidades concretas de castigar a los individuos responsables.

Por otra parte, se observa una disponibilidad creciente a aplicar las normas mediante el ejercicio efectivo de jurisdicción a nivel nacional e internacional. A nivel nacional, los tribunales domésticos demuestran una mayor voluntad de investigar y enjuiciar a los autores de crímenes internacionales cometidos dentro de su territorio pero también fuera de su territorio a través del ejercicio de

Miembro del Servicio Exterior de la República Argentina. Se desempeñó como Consejero legal de la Misión Permanente de Argentina ante las Naciones Unidas en Nueva York de 1994 a 2000. Fue vicepresidente del Comité Plenario de la Conferencia Diplomática de Roma de la Corte Penal Internacional. Presidente del Grupo de Trabajo de las Reglas de Procedimiento y Prueba y del Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional.

competencia extraterritorial. A través de convenios y de la práctica estatal se erosiona paulatinamente la exclusividad de la territorialidad de la ley penal para consagrarse en forma creciente el principio de jurisdicción universal. A nivel internacional se registra la tendencia a generar instancias de jurisdicción internacional. En este sentido, se destaca la creación por el Consejo de Seguridad de dos tribunales penales internacionales, el Tribunal para la ex Yugoslavia, en 1993 y el Tribunal para Ruanda en 1994 y, fundamentalmente, la creación de la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma de 1998. La Corte Penal Internacional representa la culminación de esta tendencia pero, al mismo tiempo, tiene diferencias esenciales con todos los tribunales internacionales precedentes. La Corte Penal Internacional constituye la primera instancia internacional con carácter general y permanente. Pero, además, por sus características, está llamada a proteger y promover los esfuerzos nacionales para juzgar a los autores de crímenes internacionales. Sintetiza, de esta manera, los esfuerzos realizados en ambos ámbitos, nacional e internacional, para combatir la impunidad.

II. EL SURGIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. *Los precedentes*

La idea de crear una corte penal internacional es de antigua data, con antecedentes que se remontan al siglo XV con el legendario juicio internacional de Peter Von Hagenbach en el año 1474¹. Varios siglos deberían transcurrir antes de que se intentara nuevamente poner los cimientos de un tribunal internacional al concluir la Primera Guerra Mundial. El Tratado de Versalles creaba una corte internacional para procesar al *Kaiser* alemán por la suprema ofensa contra la "moralidad internacional y la santidad de los tratados"². Preveía además el juzgamiento de otras personas por tribunales militares nacionales de los países vencedores que imponía a Alemania el deber de cooperar con los aliados especialmente a través de la entrega de personas³. Finalmente, disponía que los autores de crímenes que afectaban a un solo Estado serían juzgados por tribunales militares nacionales y que los autores de crímenes que afectaban a varios Estados serían juzgados por tribunales compuestos de miembros de los Estados concernidos⁴. La implementación de las tres disposiciones fue un completo fracaso, incluyendo el juzgamiento

¹ Ver para una historia de los antecedentes a GREPPI, Edoardo, "The evolution of individual criminal responsibility under international law", en *The International Review of the Red Cross*, September 1999, Vol. 81, Nr. 835.

² Art. 227.

³ Art. 228.

⁴ Art. 229.

del *Kaiser* Guillermo, que encontró refugio en los Países Bajos. La iniciativa de crear una Corte Penal tampoco prosperó en la Liga de las Naciones. Solamente después de la Segunda Guerra Mundial se dio el siguiente paso en la historia de la justicia penal internacional con la creación de los Tribunales de Nuremberg y Tokio para juzgar a los principales jerarcas nazis y del lejano Oriente por los hechos cometidos durante la guerra. Los Tribunales marcaron un hito importante y los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta y la jurisprudencia de Nuremberg fueron formalmente reconocidos por la comunidad internacional mediante resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946⁵.

La evolución se paraliza luego totalmente durante casi cincuenta años hasta que las atrocidades cometidas en los territorios de la ex Yugoslavia y Ruanda condujeron al Consejo de Seguridad a establecer, bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de los Tribunales Penales especiales en 1993 y 1994 para investigar y juzgar crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad cometidos en esos territorios.

La creación de estos tribunales reflejó cambios fundamentales en el escenario internacional. El fin de la Guerra Fría disipó el enfrentamiento que había hasta entonces paralizado la acción del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta y permitió la convergencia de los cinco miembros permanentes en torno a estas dos iniciativas, impensables pocos años atrás. Desde una perspectiva jurídica, la creación de instituciones judiciales como una medida para restablecer la paz y la seguridad internacionales bajo el capítulo VII de la Carta constituyó también una medida sin precedentes que fue objeto de intensas discusiones y cuestionamientos en ámbitos académicos y diplomáticos⁶.

Más allá de las objeciones sobre la legitimidad de su gestación, no caben dudas de que ambos tribunales, cuyo funcionamiento excedió las expectativas más optimistas, se encuentran en la actualidad bien instalados en la trama institucional internacional. Sus Estatutos y reglamentaciones y muy particularmente la jurisprudencia de ambos tribunales influenciaron de manera importante las negociaciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en particular, en lo que respecta a la definición de los crímenes de su competencia.

2. La creación de la Corte Penal Internacional

La creación de los Tribunales especiales dio renovado impulso a la iniciativa de crear un tribunal permanente. En 1989, el presidente Robinson de Trinidad y Tobago retomó esta idea en una carta enviada a las Naciones Unidas para crear

⁵ Resolución 95 (I) del 11/12/1946.

⁶ Ver sobre este debate, D'AMATO, Anthony, "Peace vs. Accountability in Bosnia", 88 AJIL, pp. 500-506.

una corte penal internacional para investigar y juzgar a los responsables del crimen de narcotráfico.

El llamado del presidente Robinson tuvo eco en la comunidad internacional aunque el interés y apoyo brindado por los Estados excedía con creces el ámbito de la lucha contra el narcotráfico. En 1992, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que elaborara un proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional ⁷. En diciembre de 1993, pocos meses después de la creación del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, la Asamblea solicitó a la Comisión que acelerara su labor, como una cuestión prioritaria ⁸. En 1994, la CDI completó su proyecto de Estatuto y recomendó a la Asamblea General que convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para estudiar el proyecto y concluir una convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional ⁹.

La CDI había actuado con encomiable celeridad en la preparación de su proyecto pero la Asamblea no pudo dar curso a su recomendación de convocar una conferencia diplomática por la oposición de un grupo minoritario pero muy importante de países. En su reemplazo se crearon un Comité Especial ¹⁰ y luego un Comité Preparatorio ¹¹ que sesionaron desde 1995 hasta abril de 1998 y prepararon con sus trabajos la Conferencia de Roma.

Finalmente, después de poco más de tres años de trabajos preparatorios, el Secretario General de las Naciones Unidas abrió la Conferencia Diplomática de Roma el 15 de junio de 1998, de la que participaron 160 Estados y cientos de organizaciones no gubernamentales. La Conferencia tuvo una sola sesión de cinco semanas para lograr acuerdos políticos sustantivos y resolver centenares de cuestiones controvertidas. El 17 de julio se adoptó el Estatuto de Roma por votación no registrada que arrojó 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones.

Como parte del Acta Final de la Conferencia de Roma, se creó por Resolución F la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional con el mandato de elaborar los instrumentos complementarios del Estatuto de Roma y adoptar todas las medidas y arreglos prácticos necesarios para el establecimiento eficaz de la Corte Penal Internacional. La Comisión Preparatoria estuvo abierta a la participación de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y agencias especializadas y a las organizaciones no gubernamentales. Durante cuatro años sirvió de marco a la elaboración de todos los instrumentos ordenados por la Resolución F, incluyendo los dos más importantes para el ejercicio de las fun-

⁷ Resolución AGNU 47/33 del 25/11/1992.

⁸ Resolución AGNU 48/31 del 9/12/1993.

⁹ CDI, Informe sobre la labor realizada en su 46 período de sesiones, 2 de mayo al 22 de julio de 1994, AGNU. Docs. Oficiales, 49 período de sesiones. Suplemento Nr. 10 (A/49/10).

¹⁰ Resolución AGNU 50/46 del 11/12/1995.

¹¹ Resolución AGNU 51-207 del 16/12/1996.

ciones judiciales, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos de los Crímenes. Adoptó además todas las medidas operativas necesarias para la rápida puesta en marcha de la Corte Penal Internacional. Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002, la Comisión Preparatoria finalizó sus labores y dio paso a la Asamblea de Estados Partes, principal órgano de supervisión política de la Corte Penal Internacional. La Asamblea tuvo su primera reunión del 3 al 10 de septiembre de 2002, en la que aprobó por consenso todo lo actuado por la Comisión Preparatoria ¹².

III. JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES

En su tarea de hacer efectiva la responsabilidad penal individual por gravísimos crímenes internacionales, el Estatuto continúa los precedentes abiertos por los tribunales de posguerra y, más recientemente, de los tribunales especiales creados por el Consejo de Seguridad para la ex Yugoslavia y Ruanda, pero difiere fundamentalmente de aquéllos por su génesis, carácter permanente y vocación universal. Todos los tribunales citados fueron creados *ex post facto* para administrar justicia para situaciones territorialmente limitadas ya ocurridas en el pasado. Los tribunales de posguerra fueron creados por las potencias aliadas por lo que pudo objetarse que se trataba de justicia contra los vencidos administrada por los vencedores. Los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda no son susceptibles de críticas similares. Sin embargo, a diferencia de la Corte Penal Internacional, fueron también creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para entender en determinadas situaciones que ya habían ocurrido o estaban ocurriendo dentro de límites geográficos y temporales preestablecidos.

La Corte Penal con carácter general y permanente fue creada para entender en situaciones indeterminadas que se cometan en el futuro. Es el producto de una negociación multilateral profundamente democrática que culminó en un tratado multilateral abierto a la adhesión de todos los Estados del mundo. Esto explica sus falencias pero también su gran fortaleza dado que, a través de esta negociación abierta, logró establecer las bases de un equilibrio adecuado entre las necesidades propias de la Corte Penal Internacional, destinada a conciliar los emergentes intereses globales de la posguerra fría por una parte, con los intereses de las soberanías nacionales por la otra.

El conjunto de disposiciones que integran el Estatuto de Roma refleja la permanente tensión entre internacionalismo y soberanía así como la permanente

¹² Todos los documentos aprobados están contenidos: Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Primer Período de Sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002. Documentos Oficiales.

búsqueda de soluciones conciliatorias entre ambos. La adopción del Estatuto por abrumadora mayoría de Estados, su rápida entrada en vigor y el número importante de Estados partes logrado en apenas cinco años ¹³ revelan que, en general, se ha logrado un equilibrio satisfactorio entre los intereses del Estado nacional y el objetivo global de combatir la impunidad contra graves crímenes internacionales. Este equilibrio se ha logrado a través de un sistema que, a la vez que protege los sistemas domésticos, los incentiva a actuar. Este sistema se caracteriza por 1) la competencia reducida a pocos crímenes de trascendencia universal claramente definidos; 2) el sistema de complementariedad y 3) el régimen de cooperación.

1. La competencia de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional podrá entender solamente respecto de aquellos crímenes internacionales que ofenden a la conciencia universal en su conjunto y respecto de los cuales fue posible lograr un común denominador aceptable para los principales sistemas jurídicos, políticos y religiosos del mundo.

La competencia de la Corte quedó limitada a tres categorías de crímenes de extrema gravedad, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra. A éstos se agregará el crimen de agresión cuando se logre una definición y se determinen las condiciones de ejercicio de competencia por parte de la Corte Penal. Los tres primeros crímenes, al igual que las penas correspondientes, han sido definidos con precisión en el Estatuto de Roma de manera de satisfacer en forma estricta el principio de legalidad con su doble exigencia de que tanto el crimen como la sanción aplicable sean previamente definidos por una ley (*nullum crimen sine lege* y *nullum crimen sine poena*).

De esta manera, el Estatuto de Roma adopta por primera vez en derecho internacional una interpretación estricta y rigurosa del principio de legalidad, que si bien es un principio fundamental del derecho penal en los principales sistemas jurídicos del mundo, planteaba interrogantes en cuanto a las modalidades de aplicación en derecho penal internacional. Con esta interpretación estricta, el Estatuto se aparta considerablemente de todos los precedentes en los que se incluyen enunciaciones no taxativas de actos y definiciones escuetas de los mismos así como criterios sumamente laxos para la aplicación de las penas.

El proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional elaborado por la CDI adoptaba el mismo criterio y hacía suya la postura de considerar satisfecho el principio de legalidad por el solo hecho de estar prevista la conducta en el derecho internacional preexistente, aun cuando ese derecho careciera de definiciones precisas de la conducta punible y de la pena aplicable. La CDI se limitaba a enunciar, sin definirlos, los crímenes de competencia de la Corte. Respecto de las penas,

¹³ El Estatuto de Roma contaba en abril 2003 con 89 Estados partes.

se limitaba a señalar como penas aplicables la prisión (perpetua o por un número determinado de años) y la multa, estableciendo algunos criterios optativos para la cuantificación de la pena ¹⁴. En sus comentarios, la Comisión explicaba que el Estatuto propuesto era fundamentalmente un instrumento procedimental y adjetivo. No era su objetivo definir nuevos crímenes ni tampoco codificar autorizadamente los crímenes con arreglo al derecho internacional general ¹⁵.

Durante las negociaciones del Estatuto de Roma, se decidió abandonar el enfoque propuesto por la CDI. Más allá de las preocupaciones jurídicas, la aspiración de salvaguardar la soberanía nacional frente a los avances de un internacionalismo excesivo llevó a considerar que tanto la definición de los crímenes como la articulación de los principios de derecho penal y de las normas procesales, correspondía a las prerrogativas del Poder Legislativo de los Estados soberanos ¹⁶. Se concluyó que el modelo utilizado en los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, en los que se dejaban en manos de los magistrados la interpretación de los elementos de los crímenes y la adopción y la elaboración de normas de procedimiento, no era apropiado para una Corte Penal Internacional, con carácter general y permanente. Como consecuencia, se elaboraron todas estas normas y reglas con gran detalle en el propio Estatuto el cual fue complementado por otros instrumentos también redactados y aprobados por los propios Estados, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

En particular, se emprendió una monumental tarea de codificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional —actualmente contenida en los art. 6 a 8 del Estatuto de Roma—, que representa probablemente uno de los mayores aportes del Estatuto de Roma al derecho internacional general. Esta codificación fue elaborada partiendo de la premisa de que no se debían crear figuras penales nuevas sino meramente receptar en el Estatuto aquéllas ya consagradas por el derecho internacional consuetudinario.

Por ello, respecto del genocidio, el Estatuto se limita a transcribir la definición contenida en la Convención para la represión y sanción del delito de genocidio de 1948 de indudable valor consuetudinario. Sin embargo, se registraron notables desarrollos de derecho progresivo en el ámbito de los crímenes de guerra

¹⁴ De acuerdo con lo previsto por el artículo 47 del proyecto, la Corte podía optar entre las sanciones previstas en la legislación del Estado del que el acusado es nacional, en la del Estado en que se cometió el crimen, o finalmente, en la del Estado bajo cuya custodia y jurisdicción se hallaba el acusado.

¹⁵ Informe de la CDI de 1994, nota *infra* 16, p. 47.

¹⁶ Ver descripción de los debates en *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, UNGA, Official Records. Fiftieth Session. Supplement N° 22 (A/50/22), pp. 11-18 y 20-37; *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Vol. I (Actuaciones del Comité Preparatorio en los periodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996). AGNU. Documentos Oficiales. Quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento N° 22 (A-51-22), pp. 16-17 y 44-47.

y crímenes de lesa humanidad. Al respecto, el Estatuto contiene las listas de actos más completas y detalladas hasta ahora incluidas en un instrumento multilateral vinculante, alimentadas por la multiplicidad de fuentes y desarrollos recientes de la jurisprudencia de los Tribunales especiales. La amplitud de estas listas refleja la tendencia señalada a criminalizar crecientemente la comisión de actos prohibidos por el derecho internacional de manera de ampliar el universo de conductas que generan responsabilidad penal individual. Su grado de precisión refleja el apego a la interpretación estricta del principio de legalidad que guió la tarea de codificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

Entre la lista de actos comprendidos en los crímenes de lesa humanidad figuran, al igual que en la Carta de Nuremberg, el homicidio, el exterminio, la esclavitud y la deportación. Pero, además, se añaden otros actos que toman en cuenta las experiencias recientes de poblaciones civiles en situaciones de conflicto. Entre ellos, por expresa solicitud de delegaciones de África y de América latina, se incluyeron los crímenes de *apartheid* y desaparición forzada de personas. Las dramáticas experiencias de la ex Yugoslavia y Ruanda también se ven reflejadas en las numerosas ofensas de naturaleza sexual recogidas por el Estatuto (tanto como categorías de crímenes de lesa humanidad como crímenes de guerra), que incluyen, además de la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y esterilización forzadas y "cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable".

El Estatuto de Roma continúa los precedentes abiertos por el Tribunal Especial para la ex Yugoslavia y en particular para Ruanda y consolida una notable ampliación de las normas sobre crímenes de guerra. El Estatuto representa el primer tratado multilateral por el cual se extiende el concepto de crimen de guerra a conductas cometidas en conflictos armados de índole no internacional hasta hace poco excluidos del sistema de represión penal del derecho internacional humanitario. El Estatuto no llega a equiparar totalmente el régimen jurídico de los conflictos internacionales y conflictos internos pero constituye un avance gigantesco hacia la asimilación de ambos tipos de conflictos. Asimismo, se amplía considerablemente para cada tipo de conflicto la categoría de actos prohibidos, incorporándose figuras provenientes de varias fuentes que hasta entonces no eran consideradas como crímenes de guerra. En particular, como ya se señalara, se incorpora por primera vez una categoría independiente de ofensas de naturaleza sexual, lo que constituye un triunfo significativo de un movimiento gestado en los últimos años para reconocer la situación de vulnerabilidad especial de la mujer en situaciones de conflicto armado.

La codificación de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional contenida en el Estatuto de Roma fue precisada aún más en un instrumento complementario, denominado los Elementos de los Crímenes¹⁷. La interpretación

¹⁷ Contenido en el Documento PCNICC/2000/1/Add.2

exigente y restrictiva del principio de legalidad, unida a la voluntad de limitar al máximo el margen de discrecionalidad de los magistrados en la interpretación de los crímenes, condujo además a complementar las definiciones contenidas en el propio Estatuto con un instrumento adicional, conteniendo los elementos de los crímenes. Por iniciativa de los Estados Unidos, se previó en el art. 9 del Estatuto la elaboración de estos elementos para ayudar a la Corte a interpretar y aplicar las disposiciones sobre definiciones de crímenes del Estatuto. Los Elementos fueron finalizados y adoptados por consenso el 30 de junio de 2000 por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y formalmente aprobados también por consenso en la Primera Reunión de la Asamblea de los Estados Partes celebrada del 3 al 10 de septiembre de 2002 ¹⁸.

En cuanto a las penas aplicables, el art. 23 del Estatuto enuncia expresamente el principio de *nulla poena sine lege*, según el cual la persona declarada culpable por la Corte solamente podrá ser penado de conformidad con el Estatuto. En contraste con todos los antecedentes en la materia, las penas son definidas en el Estatuto de Roma en un capítulo específicamente dedicado a la materia ¹⁹, complementado por las Reglas de Procedimiento y Prueba ²⁰. De conformidad con el Estatuto, la Corte podrá imponer la reclusión por un número determinado de años que no exceda los 30 años o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del agravante, las cuales son precisadas en las Reglas de Procedimiento y Prueba. En algunas circunstancias se podrán imponer, además, multas y el decomiso del producto del crimen ²¹.

2. El sistema de complementariedad

La Corte Penal Internacional no tiene primacía sobre los sistemas nacionales ni está llamada a sustituir a los tribunales domésticos. Por el contrario, es complementaria de las jurisdicciones nacionales y solamente puede intervenir en aquellos casos excepcionales en que, por diversas razones, los Estados no puedan o no estén dispuestos a juzgar a los responsables.

La Corte fue diseñada sobre la base de un delicado equilibrio entre dos objetivos que coexisten en tensión. Por una parte el objetivo de resguardar el normal funcionamiento de los sistemas nacionales que son los que normalmente deben juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes. Por otra parte, la creación de una Corte Penal Internacional implica, por definición, que la comunidad internacional acepta que el juzgamiento de ciertos crímenes concierne a la comunidad

¹⁸ Contenido en *op.cit.* nota 12 *supra*.

¹⁹ Parte VII del Estatuto de Roma.

²⁰ PCNICC/2000/1/Add.1.

²¹ Art. 77.

internacional en su conjunto y no solamente a un sistema nacional determinado. Esto implica reconocer que si los sistemas judiciales nacionales no satisfacen ciertos parámetros mínimos para su investigación y juzgamiento, deben ser retirados de dicha órbita para pasar a la órbita internacional.

Desde un comienzo, la cuestión de la relación de la Corte con los sistemas nacionales fue considerado crucial en la redacción del Estatuto, a tal punto que resultó claro que la posibilidad misma de establecer una Corte Penal Internacional dependería de la habilidad para lograr un adecuado equilibrio en la repartición de competencias, que preservara suficientemente los sistemas nacionales sin vaciar de todo contenido y eficacia a la Corte Penal Internacional. Aceptado el principio de la complementariedad, el principal problema residía en definir las causales o razones que habilitarían a la Corte a intervenir. Una Corte con demasiadas competencias podía interferir innecesariamente en la órbita nacional y obstaculizar la participación universal en el Estatuto. Pero, un principio de complementariedad definido en términos demasiado estrictos podía debilitar excesivamente la Corte Penal Internacional hasta hacerla prácticamente inoperante.

La mayoría estaba dispuesta a aceptar que la Corte Penal Internacional actuara en casos de inexistencia o colapso generalizado de los sistemas penales o, inclusive, en casos de mala fe manifiesta, pero el centro de la controversia se planteaba en torno a la posibilidad de que la Corte pudiera actuar en otras circunstancias vinculadas a la ineficacia o falta de credibilidad del sistema nacional (tales como demora o colapso parcial del sistema de administración de justicia). Se temía que esto habilitaría a la Corte a emitir juicios de valor sobre el funcionamiento de los sistemas nacionales.

El sistema denominado de la complementariedad diseñado en el Estatuto procura una solución intermedia entre estos enfoques opuestos. De conformidad con el sistema, resulta claro que la Corte no debe y no puede sustituir a los sistemas nacionales cuando éstos puedan funcionar adecuadamente pero sí debe poder cumplir con sus funciones cuando aquéllos demuestren incapacidad o falta de disposición para hacerlo. Es la Corte la que deberá efectuar en definitiva esta determinación de conformidad con los criterios establecidos en el Estatuto.

El Estatuto parte de una presunción favorable a los sistemas nacionales, estableciendo como principio que la Corte declarará un asunto inadmisble, entre otras razones, cuando el asunto sea objeto de una investigación o de acción penal por parte de un Estado; el asunto haya sido investigado y el Estado haya decidido no entablar una acción penal o, finalmente, la persona de que se trate haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia.

Esta presunción favorable al Estado no es absoluta. Aun en las circunstancias descriptas, la Corte podrá declarar un asunto admisible cuando el Estado *no pueda* realmente llevar a cabo la investigación (criterio objetivo) o *no esté dispuesto* a hacerlo (criterio subjetivo) ²².

²² Ver art. 17.

El criterio objetivo se vincula a la incapacidad del Estado para actuar. A fin de evaluar tal incapacidad, la Corte examinará si debido al colapso total o *sustancial* de su administración nacional de justicia o que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio. Merece destacarse la utilización del término "sustancial" que reemplazó, como fórmula de compromiso, al concepto de colapso "parcial".

El criterio subjetivo se vincula a la falta de voluntad o disposición del Estado para actuar en un asunto determinado. Para determinar la falta de voluntad, la Corte deberá evaluar si la decisión nacional ha sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal, si ha habido una demora indebida o si el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial.

El Estatuto contempla un sistema de notificaciones tempranas y un procedimiento específico para que el Estado pueda hacer valer oportunamente sus argumentos ante la Corte Penal Internacional y, eventualmente, impugnar y apelar las decisiones de ésta ²³. Pero es la Corte Penal Internacional la que decide en definitiva sobre la admisibilidad de un caso.

3. El régimen de cooperación

Una vez declarada la admisibilidad del caso, los Estados Partes del Estatuto quedan obligados a cumplir con su deber general de cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de competencia de ésta.

El régimen de cooperación del Estatuto de Roma es central para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional. La Corte Penal, a diferencia de tribunales nacionales, no forma parte integrante de un sistema penal determinado, carece de poderes directos de coerción y no tiene poder de policía ni régimen carcelario propio. Al igual que los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda, para poder llevar a juicio a individuos situados bajo la competencia de Estados soberanos, la Corte dependerá esencialmente de la cooperación de éstos. Esta cooperación es esencial para investigar los hechos, citar a testigos, arrestar individuos, obtener su entrega para someterlos a juicio y ejecutar las sentencias.

El régimen de cooperación contenido en el Estatuto refleja, al igual que las demás disposiciones del Estatuto la necesidad de conciliar las necesidades propias de la Corte Penal Internacional con los intereses y preocupaciones de Estados soberanos. El sistema resultante no es asimilable totalmente al sistema de cooperación que rige entre Estados pero tampoco se equipara al exigente sistema desarrollado a partir de la práctica de los tribunales especiales.

²³ Ver arts. 18 y 19.

Al respecto cabe recordar que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, tuvo la ocasión de desarrollar las distinciones entre los diferentes modelos de cooperación en el caso "Blaskic"²⁴. Allí distinguió el modelo horizontal que caracteriza la cooperación entre Estados del modelo de cooperación vertical de tipo supranacional que vincula a los Estados con el Tribunal.

La relación de cooperación horizontal entre Estados no es obligatoria dado que, en ausencia de tratado o acuerdo, no existe un deber general en derecho internacional de prestar asistencia o entregar personas. Inclusive los tratados dejan normalmente un amplio grado de discreción a las Partes para rechazar la asistencia y decidir sobre la manera en que estas solicitudes serán ejecutadas.

Contrasta con este modelo, el modelo vertical o supranacional instituido en los estatutos de los tribunales especiales por el que se otorga a los tribunales el poder de "ordenar" a los Estados que presten asistencia judicial y entreguen personas. Otro rasgo esencial de este modelo vertical de cooperación con los tribunales especiales es el carácter absoluto e incondicional del deber de cooperar. Los Estados no pueden invocar su derecho nacional para rechazar cooperación ni las causales tradicionales de denegación de asistencia tales como razones de soberanía, orden público o intereses esenciales.

El régimen de cooperación judicial del Estatuto de Roma instituye un sistema *sui generis*, a mitad de camino entre el modelo horizontal y el modelo vertical pero que preserva rasgos claves del sistema interestatal.

Este régimen es particularmente exigente en materia de entrega de personas que no puede ser denegada por ninguna razón, excluyéndose por cierto la posibilidad de denegar la entrega por razón de la nacionalidad de la persona. A fin de marcar las diferencias que existen entre las obligaciones de cooperación con la Corte y los sistemas horizontales que rigen entre Estados se evitó utilizar ciertos conceptos con significado específico en estos sistemas. En particular se evitó el concepto de "extradición", que se reservó para el sistema interestatal, y se lo reemplazó por el de "entrega" de personas a la Corte de manera de subrayar la diferente naturaleza de la relación que se plantea entre los Estados y la Corte, no asimilable a la que existe en los Estados entre sí.

El Estatuto también asume el modelo vertical que deniega la posibilidad de invocar las causales tradicionales para denegar otras formas de asistencia. Se preserva, no obstante, la posibilidad de denegar documentos o la divulgación de pruebas que afecten su seguridad nacional, bajo las condiciones establecidas en el propio Estatuto.

Pero, el sistema preserva también rasgos claves del sistema interestatal, entre otros, y a diferencia de la práctica de los tribunales especiales, se prevé que

²⁴ "Prosecutor v. Blaskic". Judgement on the request of the Republic of Croatia for review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, ICTY-95-14, 29 October 1997.

todas las formas de asistencia se realizarán de conformidad con los procedimientos locales.

Debe subrayarse que se evitó en el Estatuto utilizar el concepto de "orden", irritante para muchos Estados. De conformidad con el Estatuto, la Corte solamente está facultada para formular "solicitudes" de cooperación a los Estados. No obstante, a pesar de que el Estatuto no utiliza la noción de órdenes, resulta claro que se trata de solicitudes que obligatoriamente deben ser satisfechas por los Estados Partes. Esta disposición debe, en efecto, ser analizada en conjunción con otras obligaciones del Estatuto. Entre ellas, se destaca la obligación general para los Estados de cooperar plenamente con los Estados ²⁵. Los Estados deben específicamente cumplir con las solicitudes de detención y entrega ²⁶ y otras formas de asistencia ²⁷. Al igual que los tribunales especiales, en el caso de que un Estado no cumpla con su deber de cooperar, la Corte no tiene facultades para sancionar directamente pero sí podrá hacer una constatación sobre la falta de cooperación y remitir la cuestión a la Asamblea de Estados Partes o al Consejo de Seguridad, según el caso ²⁸.

De todas maneras, son obvios los esfuerzos por evitar la confrontación entre la Corte y los Estados. El sistema tiene numerosas cláusulas relacionadas con la necesidad de efectuar consultas y de concertar el mejor procedimiento a seguir. Éstas constituyen la consagración normativa de reflexiones formuladas por los magistrados del Tribunal para la ex Yugoslavia sobre la necesidad de fomentar un sistema de diálogo permanente a fin de concertar la mejor manera de proceder y evitar las negativas o imposiciones unilaterales.

Más allá de las modalidades específicas adoptadas para cada forma de asistencia, cabe destacar que es el propio Estatuto el que detalla la totalidad de las obligaciones de los Estados con la Corte Penal Internacional. La elaboración del régimen de cooperación con la Corte por los propios Estados marca una diferencia notable con el régimen de cooperación con los tribunales especiales derivado de la práctica establecida por sus propios magistrados. Al igual que respecto de las demás materias contempladas en el Estatuto de Roma, se consideró que era prerrogativa de Estados soberanos el determinar las modalidades de cooperación con la Corte Penal Internacional. Todas y cada una de las obligaciones que recaerán sobre cada Estado Parte están enunciadas en forma taxativa y detallada en el propio Estatuto. Las Reglas de Procedimiento y Prueba que lo complementan no agregan nuevas obligaciones pero precisan aún más el contenido del régimen del Estatuto, debiéndose destacar que también las Reglas han sido elaboradas y adoptadas por los Estados, a diferencia de lo ocurrido en todos los demás tribunales

²⁵ Art. 86.

²⁶ Art. 89.

²⁷ Art. 93.

²⁸ Art. 87.7.

internacionales en que la tarea de dictar las reglamentaciones ha recaído en los propios magistrados.

Se ha planteado el interrogante sobre si esta enunciación taxativa de obligaciones deja algún margen para el ejercicio por la Corte Penal Internacional de poderes implícitos, esto es, aquellos poderes que no están expresamente conferidos pero que se plantean como necesariamente comprendidos por resultar esenciales para el desempeño de sus funciones²⁹. Este interrogante no puede ser respondido *a priori* pero en todo caso resulta claro, tanto de la letra del Estatuto como de la historia de las negociaciones, que la Corte deberá interpretar sus propios poderes en forma restrictiva, en particular en todo lo que se refiera a su interacción con los Estados.

IV. JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y PROMOCIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES

El Prámbulo del Estatuto de Roma da cuenta en forma clara y concisa de la filosofía que subyace a la creación de la Corte Penal Internacional. Destaca que los Estados partes están “decididos a poner fin a la impunidad”. Pero acto seguido recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Estos principios preambulares sintetizan el espíritu del conjunto de disposiciones que integran el sistema de la Corte Penal Internacional que apunta, en efecto, a preservar las competencias nacionales como principales y más eficaces responsables de combatir la impunidad contra crímenes internacionales.

El diseño de tal sistema responde a preocupaciones de soberanía. Pero también a preocupaciones de índole práctica sustentadas en el convencimiento de que los sistemas nacionales ofrecen ventajas indudables para la investigación y desarrollo del proceso judicial y continúan siendo la forma más eficaz de ejercer jurisdicción. Más allá de las limitaciones que le impone el escenario internacional, existen límites materiales y logísticos a la acción de la Corte Penal Internacional que obligan a reconocer que la Corte no podrá ocuparse de todos los crímenes, ni siquiera de todos los crímenes más graves. Su éxito dependerá de que se preserve su acción como *ultima ratio* en el combate contra la impunidad. Para ello es indispensable que todos los Estados y fundamentalmente los Estados que promovieron su creación compartan este combate en la forma prevista en el Estatuto de Roma. Resulta claro que el sistema diseñado por el Estatuto de Roma es a la vez un sistema de protección de la órbita estatal y un sistema que incentiva a la acción de los sistemas domésticos. Es probablemente en este sistema dual en el que reside la fortaleza de la Corte Penal Internacional como instrumento de lucha contra la impunidad.

²⁹ Argumentos del Fiscal en el caso “Blaskic”, *supra*, párr. 24.

Para aprovechar plenamente este sistema dual y acompañar la lucha contra la impunidad, los Estados deben fortalecer su propio derecho y su propia capacidad para actuar de tres maneras principales, tipificando internamente los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, ampliando las bases para ejercer jurisdicción y asegurando que cuentan con los procedimientos internos adecuados para cooperar con la Corte Penal Internacional.

1. La tipificación interna de crímenes internacionales

A la luz del sistema de complementariedad descripto resulta claro que la Corte solamente podrá intervenir en aquellos casos excepcionales en que el Estado no pueda o no quiera ejercer jurisdicción. Por ello, si un Estado desea preservar la facultad de ejercer jurisdicción, deberá asegurarse de que cuenta con normas internas suficientes para investigar y enjuiciar por sí mismo a los autores de crímenes internacionales. La falta de legislación adecuada podría impedir que los tribunales nacionales ejerzan jurisdicción y poner al Estado en una situación que exigiría la entrega de los supuestos responsables a la Corte Penal Internacional.

Para estar en condiciones de juzgar a nivel nacional, la mayoría de los Estados probablemente necesitará adecuar sus sistemas internos para asegurar que éstos receptan internamente los crímenes de competencia de la Corte. El Estatuto pone el acento en los hechos o conductas enjuiciadas y no en su calificación o denominación formal. No obstante, resulta muy probable que numerosas conductas definidas en el Estatuto no estén tipificadas bajo figura alguna de las leyes penales nacionales, en particular en el ámbito de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los que el Estatuto avanza decididamente con paso innovador. A los efectos de analizar la correspondencia entre los crímenes previstos internamente y los definidos en el Estatuto de Roma así como la posibilidad de juzgar a los supuestos responsables en términos equivalentes a los que guiarán a la Corte Penal Internacional resultará además necesario analizar la conveniencia de receptar todos o algunos de los principios de derecho penal sustantivo contenidos en el Estatuto de Roma, incluyendo en particular el principio de imprescriptibilidad que se aplica a todos los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma no obliga a tipificar internamente a los crímenes de competencia de la Corte y mucho menos a hacerlo en términos idénticos a los allí consagrados. Sin embargo, tal curso de acción parece recomendable si se desea asegurar el ejercicio pleno de la complementariedad. Parece asimismo deseable utilizar las definiciones del Estatuto como vehículo para armonizar las legislaciones nacionales respecto de crímenes internacionales. Al respecto cabe recordar que la codificación de estos crímenes es el resultado de esfuerzos considerables desplegados a lo largo de años de negociaciones multilaterales para captar la cos-

tumbre internacional y las recientes tendencias consagradas por la jurisprudencia nacional e internacional.

Resulta importante tener en cuenta que todos los Estados y no solamente los que sean partes en el Estatuto tienen interés en adecuar su ordenamiento interno a la nueva realidad internacional que impone la creación de la Corte Penal Internacional. En efecto, el sistema de complementariedad concierne a todos los estados en la medida en que cualquier Estado que tenga jurisdicción en la causa, sea porque está investigando o enjuiciando o porque ya lo haya hecho puede impugnar la admisibilidad de la causa o la competencia de la Corte Penal Internacional. Por ello, cuando el Fiscal de la Corte inicie una investigación, deberá notificarlo, no solamente a todos los Estados Partes sino también a aquellos Estados que podrían ejercer normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. Cabe además recordar que, en virtud de las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte, podría darse el caso de que ella decida enjuiciar a nacionales de un Estado aunque éste no fuera parte del Estatuto, si los crímenes fueron cometidos en el territorio de un Estado parte.

2. La ampliación de las bases de jurisdicción penal

Se ha argumentado que todos o buena parte de los crímenes definidos por el Estatuto de Roma son crímenes de jurisdicción universal, por lo que cualquier Estado estaría habilitado a ejercer competencia sobre ellos, sin importar el lugar de comisión de los hechos ni la nacionalidad de sus autores o víctimas.

Sin perjuicio de ello y con independencia de la validez de los argumentos jurídicos a favor o en contra de la existencia de jurisdicción universal, resultó claro que los Estados no estaban dispuestos a operar una transferencia de competencias de tales dimensiones a favor de la Corte Penal Internacional. Consecuentemente, la competencia de la Corte Penal Internacional no está basada en el principio de jurisdicción universal sino sobre dos principios de conexión a ser aplicados en forma alternativa, el principio territorial o el principio de personalidad activa. De esta manera, la Corte solamente podrá ejercer su competencia cuando sean parte del Estatuto de Roma o bien el Estado del territorio donde se cometió el crimen o bien el Estado de nacionalidad del autor del crimen ³⁰.

Los Estados nacionales deberían cerciorarse de que cuentan con principios de jurisdicción penal suficientes para asegurar que sus tribunales podrán intervenir en términos equivalentes a la Corte Penal Internacional, al menos cuando se han cometido crímenes en su territorio o por sus propios nacionales fuera de su territorio. Cada Estado debería además asegurarse las herramientas jurídicas necesarias para evitar convertirse inadvertidamente en albergue de criminales in-

³⁰ Art. 12. Salvo que sea el Consejo de Seguridad el que active la competencia de la Corte Penal actuando bajo Capítulo VII de la Carta, en cuyo caso la Corte podría actuar con respecto a cualquier Estado.

ternacionales. Para ello, en adición de las bases de jurisdicción penal adecuadas, resulta importante consagrar expresamente el principio *aut dedere aut iudicare*, para asegurar el juicio, extradición o entrega a la Corte Penal Internacional de los supuestos responsables de autores de crímenes internacionales.

3. Los procedimientos de cooperación

Finalmente, los Estados deben asegurarse de que cuentan en sus ordenamientos internos con los procedimientos internos necesarios para cooperar plenamente con la Corte Penal Internacional.

Al respecto, cabe recordar que en varias disposiciones se señala que la cooperación se efectuará de conformidad con los procedimientos internos pero la ausencia de procedimientos internos no puede ser utilizada como justificación para denegar asistencia. En este sentido, se prevé específicamente que los Estados deberán asegurarse de que cuentan con los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en el Estatuto ³¹.

Aunque en algunos supuestos se puede posponer la cooperación, las causales tradicionales para denegar la extradición o la asistencia judicial entre Estados no ha sido incluida en el Estatuto (no extradición de nacionales, intereses esenciales, orden público, etc.). Solamente subsiste la posibilidad para el Estado de denegar asistencia en todo o en parte si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o a la divulgación de pruebas que afecten a su seguridad nacional ³². Sin embargo, aun en este caso, el Estado no puede limitarse simplemente a rechazar asistencia sino que deberá tomar todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación. El Estatuto provee algunas medidas alternativas que podrían ser adoptadas en estos casos ³³. Entre éstas se incluye la posibilidad de acordar con la Corte ciertas condiciones para la prestación de la asistencia, tales como la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación o la utilización de procedimientos a puerta cerrada. Cada Estado debería reglamentar en su ordenamiento interno los requerimientos y modalidades para invocar la seguridad nacional a fin de asegurar la utilización apropiada y ajustada al Estatuto por parte de las autoridades gubernamentales.

V. CONCLUSIONES

Se ha argumentado que la Corte Penal Internacional constituye la institución más importante creada en el ámbito internacional desde la creación de las Naciones

³¹ Art. 88.

³² Art. 93.4.

³³ Art. 72.5.

Unidas al concluir la Segunda Guerra Mundial y una herramienta fundamental para fortalecer los derechos humanos y promover el imperio del derecho.

Su creación responde al objetivo de combatir la impunidad por crímenes gravísimos sin interferir innecesariamente en la esfera de acción de los Estados nacionales. Para ello contiene numerosos mecanismos de salvaguardia de los sistemas domésticos que son, al mismo tiempo, mecanismos aptos para promover el ejercicio activo de los poderes conferidos a estos sistemas.

Los Estados pueden adherir a la Corte Penal Internacional sin por ello resignar sus poderes propios. Deben, a tales efectos, fortalecer su propio derecho adoptando las normas penales necesarias para investigar, juzgar y sancionar por sí mismos a los responsables de crímenes internacionales y dotarse de los procedimientos requeridos para cooperar con la Corte, cuando fuera necesario. Fortaleciendo su propio derecho, los Estados no solamente preservarán sus facultades sino que compartirán con la Corte la tarea indispensable de combatir la impunidad.

EL USO DE LA FUERZA POR LAS OPERACIONES DE PAZ DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

por MARTA VIGEVANO *

I. INTRODUCCIÓN

La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado en los últimos años, con el fin de dar cumplimiento a uno de los principios fundamentales contemplados en la Carta: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, una serie de acciones que exceden el marco regulatorio establecido por ella.

Las fuerzas de mantenimiento de la paz, creadas como órganos subsidiarios, figuran dentro de esta categoría. Concebidas originariamente con funciones limitadas a la observación y control, la evolución de los conflictos tanto internacionales como internos les impuso una actividad más amplia y compleja que la concebida originariamente.

Estas operaciones cumplen, de acuerdo con su mandato, objetivos esencialmente políticos. Tienen en la negociación y la mediación los instrumentos fundamentales para lograr el acuerdo entre las partes enfrentadas, y pueden recurrir al uso de la fuerza con un único propósito que es la legítima defensa. Por lo tanto, se encuentran reguladas por el Capítulo VI de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

La cuestión se plantea, por imperio de las circunstancias, frente a la necesidad de transformar el mandato de aquellas fuerzas que se inician siendo operaciones de mantenimiento de la paz y devienen en operaciones de imposición de la paz que hacen uso de la fuerza armada ya no para su legítima defensa, sino con el objetivo de neutralizar grupos armados organizados y de imponer el orden y el derecho. Transformándose de fuerzas de paz en fuerzas militares de combate.

Ante esta evolución del mandato de las fuerzas de mantenimiento de paz se plantea una serie de interrogantes: si estas operaciones hacen uso de la fuerza, ¿la Organización de las Naciones Unidas puede ser considerada parte beligerante en un conflicto armado interno o internacional? Por lo tanto, si existe un conflicto

armado y se ha de aplicar el derecho internacional humanitario, ¿serán aplicables las normas convencionales o consuetudinarias? Si existiera un eventual conflicto entre las normas contenidas en la Carta y los principios del derecho internacional humanitario, ¿cuáles tienen primacía? Y en definitiva, ¿una acción humanitaria puede justificar el uso de la fuerza armada?

II. ESTRUCTURA DE LAS FUERZAS DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Las fuerzas de mantenimiento de la paz si bien expresamente no están contempladas en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hallan sustento normativo en los arts. 22 y 29¹ de la misma y su competencia estaría enmarcada en el Capítulo VI de la Carta, "Arreglo pacífico de controversias". Al ser creadas, no fueron destinadas para ejercer una acción coercitiva y por lo tanto su mandato no implica el uso de fuerza salvo el supuesto de legítima defensa. Es por ello que no se consideran comprendidas dentro de los modos de acción del Capítulo VII de la Carta, "Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión" esta postura fue sustentada por la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre "Ciertos gastos de las Naciones Unidas" para cubrir los costos de las operaciones llevadas a cabo en el Congo y Oriente Medio².

La expresión mantenimiento de la paz designa el despliegue de la presencia de la ONU en el terreno, con el consentimiento de las partes involucradas y con la participación de personal militar, policial o civil de las Naciones Unidas³. Las fuerzas de mantenimiento de la paz están constituidas por los contingentes proporcionados por los Estados de manera voluntaria, que son solicitados por el secretario general de las Naciones Unidas. Estas fuerzas están dirigidas por el secretario general bajo la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El mando en el terreno está a cargo de un jefe que es nombrado por el secretario general con asentimiento del Consejo de Seguridad.

Dentro de las operaciones de mantenimiento de la paz pueden diferenciarse dos grandes tipos: 1) las que consisten en una misión de observación, tal el caso del Organismo de las Naciones Unidas para la Vigilancia de la Tregua (ONUVT) Jerusalén, 1948; el Grupo de Observadores Militares de las Naciones Unidas en India y Pakistán (UNMOGIP), 1949; la Misión de Observación de las Naciones Unidas para Irak y Kuwait, 1991; la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Tayikistán, 1994. En todas ellas sus miembros sólo observan, no de-

¹ Según el art. 22: "La Asamblea General podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones" y el art. 29: "El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones".

² C.I.J., Rec. 1962.

sarrollan una función activa y se encuentran desarmados; y 2) las que específicamente tienen por fin el mantener la paz.

El mandato de estas últimas consiste en:

- a) asegurar y controlar el cese de hostilidades: por ejemplo, el conflicto entre Egipto e Israel en octubre de 1956 ⁴.
- b) garantizar la seguridad en el territorio de un Estado con el consentimiento del gobierno respectivo, hasta que éste pueda restaurar su autoridad. El caso de la secesión del Congo en los años 1960-1963 ⁵.
- c) prevenir y contribuir al mantenimiento y al restablecimiento del orden público así como el retorno a una situación normal. El conflicto entre los griegos chipriotas y los turcos chipriotas ⁶.
- d) crear las condiciones de paz y seguridad necesarias para negociar un acuerdo general entre las partes en conflicto ⁷.

Todas estas operaciones se basan en los siguientes principios:

- a) el consentimiento de las partes involucradas;
- b) la imparcialidad;
- c) el recurso a la fuerza en caso de legítima defensa;
- d) la no participación directa en el combate;

La excepción al principio de no uso de fuerza salvo como legítima defensa se produjo en el conflicto suscitado en el territorio del Congo, en el cual el Consejo de Seguridad autorizó a las fuerzas de mantenimiento de la paz a tomar todas las medidas necesarias para evitar la guerra civil en el Congo, incluso "el uso de la fuerza, en caso necesario, como último recurso" ⁸.

Desde la primera fuerza de mantenimiento de la paz, el mandato de estas operaciones se ha modificando y ampliando en el transcurso de los años con relación a las tareas a realizar y al ámbito de acción. En cuanto a las primeras abarcan actividades que originariamente no eran de su competencia como por ejemplo el control de los procesos de elecciones, la desmilitarización de las partes, la asisten-

³ Un programa de paz. Informe del secretario general presentado de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992 en la Reunión Cumbre del Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, Nueva York, 1992.

⁴ A/Res. 1000 del 5 de noviembre de 1956 que establece la Primera Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (Gaza) FENU.

⁵ S/Res. 143 del 14 de julio de 1960 que crea la Operación de las Naciones Unidas en el Congo, ONUC.

⁶ S/Res. 186 del 4 de marzo de 1964 que crea la Fuerza de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz en Chipre, UNFICYP.

⁷ S/Res 743 del 21 de febrero de 1992 que crea la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (ex Yugoslavia) UNPROFOR.

⁸ S/Res. 161 A del 21 de febrero de 1961.

cia en el proceso de reconciliación nacional, la entrega de socorros humanitarios, la reconstrucción de las estructuras sociales, administrativas y económicas de un Estado. En relación con el campo de aplicación de estas operaciones, ya no intervienen solamente en conflictos de carácter internacional entre dos o más Estados sino que se han extendido a los conflictos no internacionales.

Debemos destacar que estas fuerzas a las que hemos hecho referencia no son las fuerzas armadas que el Consejo de Seguridad puede crear de acuerdo con lo establecido en los arts. 43 y 47 de la Carta de la ONU, ni las fuerzas organizadas por los Estados miembros con autorización del Consejo de Seguridad (Conflicto del Golfo de 1990, caso de Haití en 1994), con facultades coercitivas para restablecer la paz y seguridad internacionales en la zona de conflicto. Estas últimas son las operaciones de imposición de la paz que se encuentran reguladas por el Capítulo VII de la Carta de la ONU.

Si se logran mantener dentro de las estructuras mencionadas las fuerzas de mantenimiento de la paz y las fuerzas de imposición de la paz, no presentaría dificultades la aplicación del derecho internacional humanitario. Es decir si las fuerzas de la ONU desarrollan una misión de observación o de mantenimiento de la paz, al no intervenir en el conflicto estarían excluidas de su aplicación, pero si las fuerzas tienen una misión de combate deben estar sujetas a las normas que se aplican a los conflictos armados.

El problema se plantea cuando las tradicionales operaciones de mantenimiento de la paz se inician bajo el ámbito del Capítulo VI de la Carta y por el agravamiento y severidad del conflicto finalizan desarrollando su cometido de acuerdo con las disposiciones del Capítulo VII⁹. Tal el caso de la operación de Naciones Unidas en Somalia (UNOSOM I), cuyo objetivo fue el socorro humanitario para las víctimas del conflicto, luego fue ampliada al establecerse la Fuerza de Tareas Unificadas (UNITAF) que autorizó con arreglo al Capítulo VII de la Carta la necesidad de utilizar todos los medios necesarios para llevarla a cabo y por último la creación de la UNOSUM II dotada también de poderes coercitivos para establecer un entorno seguro en toda Somalia¹⁰. También podemos mencionar las operaciones de carácter mixto con características propias de mantenimiento de la paz y de imposición de la paz, tal el caso de la operación UNPROFOR a la cual se autoriza a hacer uso de la fuerza para proteger las zonas seguras creadas en Bosnia-Herzegovina¹¹. O la coexistencia de las operaciones tradicionales con operaciones bajo control nacional y autorizadas por el Consejo de Seguridad bajo el sistema del Capítulo VII, como la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas

⁹ BENVENUTI, Paolo, "The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of the United Nations Peace-keeping Operations", *Law in Humanitarian Crises / Le droit face aux crises humanitaires*, Bruxelles, 1995, pp. 83-104.

¹⁰ S/Res. 751 del 24 de abril de 1992 se crea UNOSOM I, S/Res. 794 del 3 de diciembre de 1992 se crea UNITAF, S/Res. 814 del 26 de marzo de 1993 se crea UNOSOM II.

¹¹ S/Res. 836 del 4 de junio 1993.

a Ruanda (UNAMIR) y la "Operación Turquesa"¹² que tenía por finalidad crear una zona de protección humanitaria en el sudeste de Ruanda para proteger a las personas desplazadas, refugiados y civiles hasta que se aportaran los efectivos necesarios a UNAMIR.

Tal como se ha manifestado, en este somero análisis sobre el origen y evolución de las fuerzas de mantenimiento de paz, cada vez se recurre con mayor frecuencia al uso de la fuerza en el ámbito de estas operaciones. Esto plantea la necesidad de abordar la problemática de la aplicación del derecho internacional humanitario a las operaciones de mantenimiento de la paz.

III. NORMAS APLICABLES A LAS OPERACIONES DE LA ONU

No caben dudas de que si las fuerzas de la ONU al participar en un conflicto hacen uso de la fuerza deben respetar como mínimo las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. El problema que se plantea es cuáles normas de los Convenios de Ginebra¹³ han adquirido ese carácter, y en especial en el caso de los Protocolos Adicionales¹⁴ que no han logrado la aceptación universal con que cuentan los Convenios¹⁵.

Esta situación se planteó desde las primeras operaciones de mantenimiento de la paz puesto que los instrumentos jurídicos vigentes no prevén la aplicación del derecho internacional humanitario a estas operaciones.

Esta cuestión ha sido ampliamente debatida entre el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la ONU. Desde las primeras operaciones de mantenimiento de la paz el CICR ha insistido ante el secretario general de la ONU en la necesidad de que todo Estado o toda fuerza armada que interviene en un conflicto

¹² S/Res 872 del 5 de octubre de 1993 se crea UNAMIR, S/Res. 929 del 22 de junio de 1994 se crea "Operación Turquesa".

¹³ I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

¹⁴ I 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; II Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

¹⁵ PFANNER, Tony, "Aplicación del derecho internacional humanitario y operaciones militares emprendidas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" en *Seminario sobre la Acción Humanitaria y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz. Informe*, CICR, 1995, pp. 52 y sigs.

armado debe respetar los principios del derecho internacional humanitario reconocidos como parte del derecho internacional consuetudinario ¹⁶.

La Carta de las Naciones Unidas establece la cooperación para la solución de los problemas humanitarios y el estímulo del respeto a los derechos humanos ¹⁷. El respeto a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituyen el núcleo esencial de la protección de la persona humana en sus valores fundamentales ya sea en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado.

Por lo tanto no sería lógico que la ONU no se viera obligada a respetar y hacer respetar, en su mayoría, las normas del derecho internacional humanitario cuando se viera involucrada en un conflicto armado sin importar la razón por la cual fuera participe. Por otra parte, aquellos sujetos que forman parte de operaciones de paz que se forman por invitación o convalidación de la organización estarían en ese caso obligados por una normativa que no regirían para las fuerzas de mantenimiento de la paz.

El CICR, sustentando esta última argumentación, considera que con relación a la aplicación y respeto del derecho internacional humanitario que deben guardar las fuerzas de paz, éstas no deben circunscribirse sólo a los principios fundamentales sino también a las normas consuetudinarias. Postura ésta que se desprende del principio de la igualdad de las partes en el derecho internacional humanitario, ya que este conjunto de normas jurídicas se aplica siempre que exista una confrontación entre fuerzas armadas organizadas sin importar el origen del conflicto o la legitimidad del recurso a la fuerza ¹⁸.

La ONU sostiene que las fuerzas de mantenimiento de la paz no pueden considerarse "parte" en un conflicto, ni "potencia" tal como se concibe en los Convenios de Ginebra ¹⁹. Los cuales, además, no prevén la participación de organizaciones internacionales. En el supuesto de que las fuerzas de mantenimiento de

¹⁶ SCHINDLER, Dietrich, "United Nations forces and international humanitarian law" en SWINARSKY, Christophe (Rédacteur/Editor), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge / Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles*, en l'honneur de / in honour of Jean Pictet, CICR, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 521-530.

¹⁷ Carta de la ONU, art. 1 párr. 3: "Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

¹⁸ PALWANKAR, Umesh, "Aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las Fuerzas de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 17, 1993, pp. 233-248.

¹⁹ SHRAGA, Daphna y ZACKLIN, Ralf, "Aplicabilidad del derecho internacional humanitario a las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas: cuestiones conceptuales, jurídicas y prácticas", en *Simposio sobre Acción Humanitaria y Operaciones de Mantenimiento de la Paz*, Informe, CICR, 1995, p. 45.

la paz hicieran "uso de fuerza", estarían vinculadas sólo por "los principios y el espíritu" que surgen de los instrumentos convencionales del derecho internacional humanitario²⁰. Esta concepción se recepta en los reglamentos de las primeras operaciones de mantenimiento de la paz. Asimismo los acuerdos que se firman entre la ONU y los Estados que proveen contingentes y equipos para las operaciones contienen una cláusula similar. También se la ha incluido en el Modelo de acuerdo sobre el Estatuto de las fuerzas firmado entre las Naciones Unidas y los Estados en cuyo territorio se despliegan las fuerzas de paz (SOFA)²¹. De esta forma la ONU se compromete a que las operaciones respeten plenamente los principios del derecho internacional humanitario y el Estado en cuyo territorio se despliegan las fuerzas se obliga a respetar los principios aplicables al trato debido al personal militar. En algunos de estos acuerdos se prevé que la operación desarrollada por la organización internacional no sólo respete los principios y el espíritu sino también los principios y las normas de las convenciones internacionales, a los que se ha hecho referencia, lo cual implica una responsabilidad directa de la ONU de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por los miembros de sus fuerzas.

Ante el aumento, por el imperio de las circunstancias, del número de operaciones de mantenimiento e imposición de la paz emprendidas por el personal de las Naciones Unidas, ya sea que el uso de fuerza realizado sea en legítima defensa o como resultado de un mandato de la organización bajo el Capítulo VII de la Carta, es necesario destacar que al verse estas fuerzas involucradas de una manera directa en un conflicto armado, pudiendo ser sujetos pasivos o activos de violaciones, el derecho internacional humanitario le es aplicable no sólo en sus principios y espíritu sino en su conjunto²².

IV. LÍMITES AL USO DE LA FUERZA CONTRA LAS FUERZAS DE PAZ Y POR PARTE DE LAS FUERZAS DE PAZ

Teniendo en consideración lo manifestado en el párrafo anterior y el incremento de los ataques lanzados contra el personal de las fuerzas de mantenimiento de la paz, la Asamblea General de la ONU aprobó en el año 1995 la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado²³. Resulta interesante realizar un breve análisis de los ámbitos de aplicación perso-

²⁰ Los instrumentos internacionales de referencia comprenden los ya mencionados cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus dos Protocolos Adicionales de 1977 y la Convención para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

²¹ SOFA es la sigla de *Status of Forces Agreement*.

²² DAVID, Eric, *Précis de droit des conflits armés*, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp.138 y ss.

²³ A/Res. 49/59, 17 de febrero de 1995.

nal y material de la Convención desde el punto de vista del derecho internacional humanitario.

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación personal, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas establece una protección determinada a ciertas categorías de personas que intervienen en las operaciones de las Naciones Unidas y realiza una distinción entre "personal de las Naciones Unidas" y "personal asociado"²⁴.

El ámbito de aplicación material de la Convención se limita a las operaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y que impliquen un "riesgo excepcional" para la seguridad del personal. Quedan entonces excluidas las operaciones autorizadas en virtud del Capítulo VII de la Carta en las que el personal participa como combatiente en un conflicto armado internacional y por lo tanto queda obligado y protegido por el derecho internacional humanitario. En una primera lectura parecería que se establece una relación excluyente entre la Convención y el derecho internacional humanitario.

Sin embargo, existe en este Convenio una cláusula (art. 20, párr. 1)²⁵ en virtud de la cual el derecho internacional humanitario se aplicaría al personal de la ONU involucrado en una misión de combate, sin importar si el conflicto es internacional, o no internacional, incluso estarían comprendidas las operaciones de mantenimiento de la paz cuyo personal haga uso de la fuerza en virtud del derecho de legítima defensa.

En realidad existe una complementariedad ya que la Convención establece la prohibición de ataque al personal de la ONU o al personal asociado y en el supuesto de que esta obligación sea violada se benefician con la protección del derecho internacional humanitario. Se aplica en esta situación la clásica diferenciación que se hace en el derecho internacional público entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. El *ius ad bellum* es lo que se prohíbe, pero si no se respeta la norma de *ius cogens* de abstención al uso de la fuerza, principio fundamental contenido en la Carta de la ONU, el *ius in bello* es lo que debe imperar²⁶.

²⁴ "Personal de las Naciones Unidas" son las personas contratadas directamente por las Naciones Unidas o sus organismos especializados y "personal asociado" son las personas asignadas por un gobierno, por una organización intergubernamental o no gubernamental en virtud de un acuerdo con el secretario general para realizar actividades en apoyo del cumplimiento del mandato de una operación de las Naciones Unidas.

²⁵ Art. 20, párr. 1: "Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará en modo alguno a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal conexo ni la responsabilidad de ese personal respecto a ese derecho y a esas normas".

²⁶ BOUVIER, Antoine, "Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado": presentación y análisis. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 132, noviembre-diciembre de 1995, pp. 695-727.

Avanzando en este sentido y teniendo en cuenta cuán necesaria es la protección de los integrantes de las fuerzas de operaciones de paz para que puedan cumplir su misión, no es menos importante tener en cuenta que en algunas operaciones de paz las fuerzas que las integraban cometieron flagrantes violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (operaciones de paz realizadas en el Congo y en Somalia)²⁷. Por lo tanto, es imprescindible analizar cuáles fueron los cursos de acción que la ONU, bajo cuya responsabilidad se encontraban estas operaciones, implementó para hacer respetar los límites del uso de la fuerza legitimado por la propia organización.

Con el objeto de precisar las normas aplicables a las operaciones de paz cuando éstas deban hacer uso de la fuerza el secretario general de las Naciones Unidas elaboró el *Boletín relativo a la observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas* del 6 de agosto de 1999²⁸. Este texto tiene un carácter administrativo, son recomendaciones e instrucciones para las tropas que participan en una operación de las Naciones Unidas. Si bien estas disposiciones no tienen fuerza vinculante su importancia radica en crear condiciones tales que disminuyan las violaciones en las que pudieran incurrir las fuerzas bajo mando de la ONU durante un conflicto armado y a la vez crear una conciencia de responsabilidad.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, este *Boletín* puede ser considerado como un instrumento reglamentario que no crea nuevas situaciones jurídicas subjetivas, sino que precisa la aplicación de normas de derecho internacional humanitario en vigor²⁹. La redacción del *Boletín* supone una evolución y un cambio en la posición tradicional de la ONU con relación a la aplicación del derecho internacional humanitario a las operaciones de paz.

Sus disposiciones reflejan los principios y las normas fundamentales que regulan los conflictos armados, en cuanto a la conducción de las hostilidades y a la protección de las víctimas de los conflictos. Las mismas son aplicadas a las fuerzas de Naciones Unidas que estén bajo su mando y control, es decir a las fuerzas de mantenimiento de la paz que se vean en la necesidad de recurrir al uso de la fuerza en legítima defensa para eliminar los obstáculos que impiden el cumplimiento de su mandato, o cuando el mandato de las mismas fuese ampliado por el Consejo de Seguridad, basado en el Capítulo VII de la Carta, otorgándole un carácter coercitivo, transformando el uso de la fuerza de defensivo en ofensivo (Sección 1).

²⁷ SARGA, Daphna, "UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damages", *American Journal of International Law*, Vol. 94, N°2, 2000, pp. 406-412.

²⁸ ST/SGB/1999/13.

²⁹ BENVENUTTI, Paolo, "Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies", *Revue General du Droit International Public*, N° 01/2, 2001, pp. 355-371.

El *Boletín* es una síntesis de reglas de conducta que las fuerzas de las Naciones Unidas deben seguir en caso de uso de la fuerza en el ámbito de la protección de la población civil (Sección 5); los medios y métodos de combate (Sección 6); tratamiento de civiles y personas fuera de combate (Sección 7); tratamiento de civiles y personas detenidas (Sección 8); protección de los heridos y enfermos y el personal médico de socorro (Sección 9).

En relación con la población civil se consagra el doble principio: el de distinción personal entre civiles y combatientes y el de distinción material que establece que las operaciones militares deben estar únicamente dirigidas hacia los combatientes y los objetivos militares, principio fundamental de derecho internacional humanitario.

Las fuerzas de las Naciones Unidas en su carácter de beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los métodos y medios de combate, deben respetar las normas que prohíben o restringen el uso de ciertas armas y métodos de combate (uso de gases asfixiantes, venenosos o de otro tipo, métodos de guerra biológica, balas que explotan, se expanden o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano, ciertos proyectiles explosivos, ciertas armas convencionales)³⁰, como asimismo están impedidas de utilizar métodos de combate que puedan producir daños importantes al medio ambiente natural o el empleo de armas que provoquen sufrimientos innecesarios, deben cumplir la prohibición de ordenar que no haya sobrevivientes, respetar el principio de protección de los bienes culturales, el principio de protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, y el principio de prohibición de represalias contra los objetos e instalaciones protegidos.

Las personas ajenas a las operaciones militares o que no participan en ellas deben ser tratadas en toda circunstancia con humanidad, sin distinción desfavorable basada en la raza, sexo, las convicciones religiosas o cualquier otro motivo y respetando su persona, honor, religión y otras convicciones, en especial aquellos grupos de personas que por su vulnerabilidad necesitan una mayor protección como las mujeres y niños.

En el tratamiento a las personas detenidas no se utiliza en ningún momento el término "prisionero", pero sin embargo se establece que se les aplicará *mutatis mutandi* las disposiciones del Tercer Convenio de Ginebra de 1949. Para los heridos, enfermos, personal médico y de socorro se proclama una serie de principios: el principio del respeto, protección y asistencia a los heridos y enfermos, la búsqueda de los heridos y su evacuación, la identificación de muertos, heridos y enfermos, la prohibición por parte de las fuerzas de las Naciones Unidas de

³⁰ Receta de esta forma la normativa vigente sobre la conducción de las hostilidades plasmada en la Declaración de San Petersburgo de 1868, la Declaración de La Haya de 1899, el Reglamento de La Haya de 1907, el Protocolo de Ginebra de 1925, la Convención de Ginebra sobre armas convencionales de 1980 y sus tres Protocolos Adicionales y los dos Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1948.

atacar instalaciones médicas, la prohibición de las represalias contra los heridos, enfermos o el personal e instalaciones sanitarias, el respeto del emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y la colaboración para facilitar las operaciones de ayuda de naturaleza humanitaria³¹.

El *Boletín*, frente a la violación de las obligaciones establecidas para ser cumplidas por las fuerzas de las Naciones Unidas, establece que sus miembros deberán ser enjuiciados ante los tribunales de sus países de origen (Sección 4). Los Estados que ponen a disposición de la ONU los contingentes militares (los cuales siguen siendo órganos de sus Estados) están obligados a reprimir las violaciones del derecho internacional humanitario, aplicando en la práctica la responsabilidad penal individual y en caso de no hacerlo hoy en día, más allá de lo establecido por el *Boletín*, se pone en juego la jurisdicción penal universal representada por la Corte Penal Internacional para aquellos Estados que son parte de la misma.

La cuestión relativa a la responsabilidad penal de la propia ONU y de los Estados participantes en una operación de paz por la violación de normas del derecho internacional humanitario por parte de los miembros de las fuerzas de paz no ha sido abordada en estas disposiciones. Esta situación en realidad aún hoy en día resulta muy discutida desde el punto de vista doctrinario.

La importancia de este *Boletín* está dada no sólo por la posibilidad de haber precisado un número de normas del derecho internacional humanitario aplicables a las operaciones de mantenimiento de la paz, sino porque estas disposiciones pueden aplicarse tanto a los conflictos armados internacionales como no internacionales; además estas fuerzas de paz deben respetar las convenciones internacionales vigentes independientemente de que los Estados que aportan personal a los contingentes hayan ratificado o no las mismas³².

En las recientes operaciones de paz (Timor Oriental, Haití, Ruanda), la ONU ha delegado la creación de una fuerza multinacional para intervenir en un conflicto armado a un Estado o a un organismo regional de seguridad (la Organización del Atlántico Norte —OTAN— en Bosnia-Herzegovina). A pesar de que estas fuerzas no han sido colocadas bajo su mando, esto no exime a la organización internacional de la responsabilidad de velar por que las mismas conozcan y respeten el derecho internacional humanitario, para que justamente se haga un uso de la fuerza dentro de los límites permitidos por la Carta y evitar así que esa operación se transforme en un instrumento de dominación dejando de lado uno de los prin-

³¹ RYNIKER, Anne, "El respeto del derecho internacional humanitario por las Fuerzas de las Naciones Unidas. Algunos comentarios a propósito del Boletín del Secretario General de las Naciones Unidas del 6 de agosto de 1999", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1999, pp. 795-805.

³² CONDORELLI, Luigi, "Le azione dell'ONU e l'applicazione del diritto internazionale humanitario: il 'bolletino' del Segretario generale del 6 de agosto 1999", *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 1049-1053.

cipios fundamentales sustentados por la ONU: la paz y seguridad internacionales. Es por ello que en todo conflicto armado donde la protección de las víctimas es el primordial objetivo, todos los sujetos intervinientes no pueden dejar de respetar y hacer respetar las normas del derecho internacional humanitario.

En una situación de excepción como es la que se produce ante el quebrantamiento de la paz, las normas del derecho internacional humanitario deben imperar sobre cualquier otra regla jurídica que pudiese colisionar con ellas. El derecho internacional humanitario debe ser acatado en todas circunstancias en las cuales se aplique, como la expresión de una responsabilidad colectiva que involucre a todos los sujetos de la comunidad internacional. Pero nunca su violación puede ser fundamento para provocar por parte de los Estados, ya sea de forma unilateral o multilateral, una acción que vulnere el principio de abstención al uso de la fuerza. El *ius ad bellum* sólo debe ser aplicado dentro del marco de la ONU y debe ser esta organización internacional quien inste a los Estados al estricto cumplimiento del derecho internacional humanitario, en una situación de conflicto armado, como el instrumento más idóneo par el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar una resolución adoptada por el Consejo de Seguridad³³ de la ONU que invocando el artículo 16 de la Corte Penal Internacional pide que si surgiera algún caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones autorizadas por las Naciones Unidas y en el cual se vieran involucrados funcionarios, ex funcionarios, personal antiguo o personas de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no se inicie ni se prosiga por un período de doce meses investigaciones o enjuiciamientos de ninguna índole a partir del 1° de julio de 2002 y con intención de renovarlo el 1° de julio de cada año. Esto demuestra que en ciertas circunstancias la ONU vuelve a otorgar mayor valor a los intereses políticos por sobre los jurídicos vulnerando en cierto modo el propio equilibrio que tanto le ha costado lograr desde su advenimiento. Mas esto no debe impedir que la comunidad internacional deba seguir tratando de respetar las normas imperantes, puesto que no existe mejor sistema ordenador de una sociedad que el derecho.

V. CONCLUSIONES

La complejidad que han adquirido los conflictos armados desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas hasta nuestros días ha hecho que en muchas ocasiones las disposiciones establecidas en la Carta, por sí solas, fueran insuficientes para dar un adecuado marco jurídico a las acciones de implementación necesarias para hacer frente a estas situaciones.

³³ S/Res. 1422 del 12 de junio de 2002.

La creación de las operaciones de mantenimiento de la paz tal como fueron concebidas se constituyeron justamente en uno de los instrumentos que la Organización de las Naciones Unidas implementó para abordar los conflictos a los efectos de salvaguardar la paz y la seguridad internacionales.

Estas operaciones de paz que en un primer momento sólo usaban la fuerza como modo de defenderse legítimamente de los ataques comenzaron a involucrarse en los conflictos armados con un compromiso cada vez mayor, lo que provocó su participación activa en estos conflictos y la consiguiente necesidad de adecuar sus acciones a las leyes y costumbres de la guerra y por lo tanto a respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

Ha habido una evolución donde podemos apreciar que la ONU ha establecido no sólo un sistema de protección para los contingentes que componen las operaciones de paz, sino también que ha asumido la responsabilidad de ajustar el uso de fuerza, al cual puedan recurrir, dentro de la regulación del *ius in bello* y acatando ciertas obligaciones que van más allá de las convenciones en vigor.

Sin embargo, todavía queda mucho por clarificar en la relación Derecho Internacional Humanitario-Organización de las Naciones Unidas como máximo detentador del uso legítimo de la fuerza. Es de esperar que esta relación no se vea limitada por intereses que sólo benefician a un cierto grupo de Estados en desmedro de la seguridad jurídica internacional.

El próximo paso vital en esta relación debe estar dado por la cooperación entre las Naciones Unidas y los Estados en materia de represión de crímenes internacionales que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales.

EL NUEVO IMPERIO

ENSAYOS

Algunos de los autores de este libro no siempre se ocuparon de la glorificación del imperio, pero sí de la idea de la unidad del mundo y de la paz universal. En este sentido, el libro es una obra de gran importancia.

Después de haber leído este libro, el lector se dará cuenta de que la idea de la unidad del mundo y de la paz universal no es una idea nueva, sino una idea que ha sido siempre la base de la civilización humana. Esta idea ha sido siempre la base de la civilización humana, y es la base de la civilización humana.

La idea de la unidad del mundo y de la paz universal es una idea que ha sido siempre la base de la civilización humana. Esta idea ha sido siempre la base de la civilización humana, y es la base de la civilización humana. La idea de la unidad del mundo y de la paz universal es una idea que ha sido siempre la base de la civilización humana.

La idea de la unidad del mundo y de la paz universal es una idea que ha sido siempre la base de la civilización humana. Esta idea ha sido siempre la base de la civilización humana, y es la base de la civilización humana. La idea de la unidad del mundo y de la paz universal es una idea que ha sido siempre la base de la civilización humana.

La idea de la unidad del mundo y de la paz universal es una idea que ha sido siempre la base de la civilización humana. Esta idea ha sido siempre la base de la civilización humana, y es la base de la civilización humana. La idea de la unidad del mundo y de la paz universal es una idea que ha sido siempre la base de la civilización humana.

EL NUEVO IMPERIO

por ÁNGEL PABLO TELLO *

Algo que resulta evidente pero no siempre es admitido: la globalización plantea nuevos escenarios en la lucha por el reparto del poder en el mundo. Para ello me remito a la conocida frase de Raymond Aron cuando decía que "...la gloria se comparte, el poder no".

Desde Tucídides, pasando por Tito Livio, Maquiavelo, Hobbes, Hegel y otros, el poder y su posesión han estado en el centro del debate como uno de los rasgos principales de la condición humana. Esto nos brinda un marco adecuado para comprender, siempre desde el ángulo de la lucha por la posesión de este último, los problemas que este proceso de globalización acarrea con sus manifestaciones en la distribución global de la riqueza, el debilitamiento de lo político y del Estado.

Una de las características estudiadas de la globalización es el desarrollo impetuoso de los mercados financieros, la deslocalización de las empresas y la concentración de la riqueza en pocas manos, así como la emergencia de una cantidad cada vez más importante de excluidos y marginados de este modelo. Esto tiene consecuencias importantes sobre el debilitamiento de lo comunitario y lo político que se reflejan en una pérdida de presencia de la Nación como espacio donde se realiza la identidad, ámbito en el cual se expresan solidaridades y su correlato político en la estructura del Estado.

Sin duda, el proceso de globalización, que no es nuevo en el mundo, refuerza el hecho individual por sobre lo colectivo. El sálvese quien pueda es el leitmotiv de una corriente que va más allá de los individuos tomados de a uno y que beneficia a determinados sectores perjudicando a otros. A ello debe agregarse la imposición de teorías neoliberales que han hecho del mercado una suerte de verdad revelada como si se tratara de un mandato divino. Sin embargo, lejos de resolver situaciones de postergación que en muchos casos adoptan un carácter dramático, estas recetas agravan día a día la vida de miles de millones de seres humanos que ven cómo sus condiciones empeoran sin perspectivas de cambio.

* Licenciado en Ciencias Políticas. Ex vicerrector de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor titular ordinario de la cátedra Relaciones Internacionales y Comunicación en la UNLP. Profesor en la Maestría en Relaciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires y de la UNLP.

Consecuencia de ello, el Estado pierde su majestad, sobre todo en los países en vías de desarrollo, y no se avizoran en un futuro cercano soluciones de recambio, de reemplazo, que den una respuesta apropiada a la necesidad que tienen los seres humanos de consolidar una comunidad como instancia fundamental de la confianza, el crecimiento y el progreso. Aunque hoy puede observarse un fortalecimiento del Estado en los países centrales, por lo menos en lo que al ejercicio de la violencia organizada se refiere, es verdad que esto no ocurre de la misma manera en las naciones periféricas.

La modernización provocada por la globalización creó un mundo más sano y más rico en el cual las condiciones para una mayor igualdad se encuentran presentes. El capitalismo, gran vencedor de este proceso, genera en la actualidad riquezas como no se ha conocido en otros períodos de la historia. ¿Es el capitalismo el problema? El problema es el capitalismo sin control, sin el contrapeso de un sistema de valores cuya ausencia pone en riesgo a la propia democracia y se transforma en una fuente generadora de conflictos de todo tipo. Hoy se ha instalado una suerte de totalitarismo económico. Esto viene acompañado por un discurso ideológico, un pensamiento único, según el cual nada se puede hacer que no contemple la fórmula elaborada en los centros de poder. Como si se tratara de una maldición del Supremo: aquel que se aparte del camino prefijado sufrirá los peores males y condenas que se pueden imaginar.

La última doctrina del presidente de los Estados Unidos George W. Bush, que será analizada más adelante, a través de los "ataques preventivos", los "terroristas" y "Estados delincuentes", confirma desde el punto de vista militar el comportamiento del Imperio y la necesidad de imponer el pensamiento único, a cualquier precio.

Esta globalización con su centro en el poder de los EE.UU., además de debilitar gravemente a los Estados y provocar un rediseño de la economía mundial, posee una ideología aun aceptada por intelectuales pseudoprogresistas, según la cual no existen alternativas fuera de este sistema. Michael Hardt y Antonio Negri, por ejemplo en su libro *Imperio*, versión fatalista de la globalización, adoptan el discurso único y proponen variantes dentro del modelo sin cuestionar las bases del mismo.

Dice por otro lado Joseph Stiglitz: "Escribo este libro porque en el Banco Mundial comprobé de primera mano el efecto devastador que la globalización puede tener sobre los países en desarrollo, y especialmente sobre los pobres en esos países" ¹.

"La globalización no ha conseguido reducir la pobreza, pero tampoco garantizar la estabilidad", observa el Nobel 2001 ².

¹ STIGLITZ, Joseph, *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, p. 11.

² STIGLITZ, Joseph, *El malestar...*, cit., p. 32.

“Los críticos de la globalización acusan a los países occidentales de hipócritas, con razón: forzaron a los pobres a eliminar las barreras comerciales, pero ellos mantuvieron las suyas e impidieron a los países subdesarrollados exportar productos agrícolas, privándolos de una angustiosamente necesaria renta vía exportaciones. Estados Unidos fue, por supuesto, uno de los grandes culpables, y el asunto me tocó muy de cerca, como presidente del Consejo de asesores económicos, batallé duramente contra esta hipocresía, que no sólo daña a las naciones en desarrollo sino que cuesta a los norteamericanos, como consumidores por los altos precios y como contribuyentes por los costosos subsidios que deben financiar, miles de millones de dólares”³.

En relación a la política de la globalización, observa Stiglitz: “Si los beneficios de la globalización han resultado en demasiadas ocasiones inferiores a los que sus defensores reivindican, el precio pagado ha sido superior, porque el medio ambiente fue destruido, los procesos políticos corrompidos y el veloz ritmo de los cambios no dejó a los países un tiempo suficiente para la adaptación cultural. Las crisis en un paro masivo fueron a su vez seguidas de problemas de disolución social a largo plazo –desde la violencia urbana en América latina hasta conflictos étnicos en otros lugares, como Indonesia”⁴. Estos elementos nos permiten detectar el trasfondo político y económico de este proceso mundial que hoy invade a todas las regiones y países modificando culturas, ideas, tradiciones, comportamientos, etc.

I. EL IMPERIO

El término Imperio resulta apropiado para comprender la realidad del momento, porque se ha instalado una configuración unipolar del poder, con centro en los Estados Unidos, y porque la comparación con el Imperio romano en su época, quizás también con otras estructuras imperiales como los turcos o británicos, más el análisis de la teoría del equilibrio de David Hume, ayudan a entender comportamientos y actitudes y a prever, aunque sea de manera aproximada, el curso de los acontecimientos.

Michael Hardt y Antonio Negri, en su trabajo del año 2000, proponen un análisis de esta nueva realidad que hoy vive el planeta. El libro en cuestión es, quizás hasta hoy, el intento más serio para penetrar los meandros del mundo moderno desde un autoproclamado pensamiento progresista aunque, en mi opinión, insuficiente y parcial.

La caída del Muro de Berlín y la desaparición de la Unión Soviética provocaron un cambio estructural del sistema internacional: éste dejó de ser bipolar

³ STIGLITZ, Joseph, *El malestar...*, cit., p. 33.

⁴ STIGLITZ, Joseph, *El malestar...*, cit., p. 35.

desde el ángulo de la configuración de las relaciones de fuerzas y pasó a ser unipolar, tomando como referencia estas mismas relaciones. Desde el punto de vista económico, y también político, el sistema actual tiende hacia la multipolaridad con la emergencia de nuevos centros de poder en los tiempos futuros. Esta novedosa configuración del sistema mundial da lugar a la relación, al menos teórica, con imperios en otras épocas y de aquí surge la idea de pensar el planeta del siglo XXI desde una óptica imperial.

Según Hardt y Negri, el Imperio moderno se fundamenta en la construcción de un poder de nuevo tipo basado en una superestructura jurídica similar a la pensada por el eminente jurista Kelsen. Desde esta visión del derecho, el Imperio procura una nueva inscripción de la autoridad, un proyecto nuevo de producción de normas universales y nuevas herramientas legales de coerción que garanticen los contratos y apunten a resolver los conflictos que puedan aparecer.

Según H&N, el Imperio lleva al extremo la coincidencia y la universalidad de lo ético y lo jurídico para todos los pueblos sin distinción. El concepto de Imperio, de esta manera, resulta asimilado a una gran orquesta mundial que ejecuta las melodías bajo la batuta de un director. Aparece así un poder unitario que mantiene la paz social y produce verdades éticas y que, al mismo tiempo, posee la fuerza necesaria para conducir "guerras justas" en las fronteras, contra los bárbaros y hacia adentro contra los sediciosos. El diplomático británico Robert Cooper constata con el realismo típico que caracteriza a los ingleses: "Entre nosotros, observamos las leyes, cuando operamos en la jungla, debemos echar mano a las leyes de la jungla".

En este escenario, la guerra se asimila a una suerte de acción policial llevada a cabo por un nuevo poder imperial que puede ejercer legítimamente funciones éticas a través de ella; poder imperial que, en alguna medida, aparece sacralizado. La "guerra justa" no aparece ligada ya a la legítima defensa tal como se reconoce en la Carta de las Naciones Unidas, de más en más constituye una actividad que se justifica en sí misma.

"Estados Unidos podrá lanzar acciones preventivas contra Estados y organizaciones terroristas que amenacen su seguridad. Su fuerza militar seguirá siendo lo suficientemente fuerte como para disuadir a cualquier país de intentar equiparar o superar su supremacía como ocurrió durante la Guerra Fría. Siempre se buscará el apoyo internacional, pero no vacilará en actuar solo, si fuera necesario, en defensa de sus intereses"⁵.

Éstos son los ejes centrales de la política exterior y de la nueva doctrina de la seguridad nacional que el gobierno de George W. Bush anunció en septiembre de 2002, en el giro más agresivo que se conoce desde la gestión de Ronald Reagan y que, seguramente, provocará tensiones a partir del concepto de acción preven-

⁵ BUSH, George W. "Seguridad nacional: la estrategia de los Estados Unidos". Washington, septiembre de 2002.

tiva, al cambiar la tradición que ha guiado las relaciones entre los Estados en los últimos tres siglos y medio.

H&N sostienen que emerge un poder establecido, sobredeterminado en relación a los Estados soberanos, el reconocimiento de este hecho provoca un verdadero cambio de paradigma pues este poder actuaría de manera relativamente independiente del poder de éstos, funcionando como centro del orden mundial y ejerciendo una regulación efectiva sobre todo el sistema.

Desde este punto de vista el Imperio no se constituye a partir de la fuerza por la fuerza misma, sino a partir de la capacidad de emplear la fuerza al servicio del derecho y de la paz. Estas apreciaciones se dan de cabeza con la realidad del mundo, en particular con los anuncios realizados por el presidente de los Estados Unidos que están bastante alejados de las elucubraciones teóricas de estos dos autores: pensando un Imperio justiciero, afable y sin un rostro determinado.

Conviene citar aquí a Samuel Huntington que habla desde el corazón ideológico de este Imperio "sin rostro" que nos describen H&N. Referente a las iniciativas impulsadas en los últimos tiempos por Washington: "...presionar a otros países para adoptar valores y prácticas norteamericanas en temas tales como derechos humanos y democracia; impedir que terceros países adquieran capacidades militares susceptibles de interferir con la superioridad militar norteamericana; hacer que la legislación norteamericana sea aplicada en otras sociedades; calificar a terceros países en función de su adhesión a los estándares norteamericanos en materia de derechos humanos, drogas, terrorismo, proliferación nuclear y de misiles y, ahora, libertad religiosa; aplicar sanciones contra los países que no conformen a los estándares norteamericanos en estas materias: promover los intereses empresariales norteamericanos bajo los *slogans* de comercio libre y mercados abiertos y modelar la política del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para servir a esos mismos intereses (...) forzar a otros países a adoptar políticas sociales y económicas que beneficien a los intereses económicos norteamericanos; promover la venta de armas norteamericanas e impedir que otros países hagan lo mismo (...) categorizar a ciertos países como 'estados parias', o delincuentes, y excluirlos de las instituciones globales porque rehúsan a postrarse ante los deseos norteamericanos"⁶.

En opinión de H&N, el Imperio está llamado a constituirse por su capacidad para resolver conflictos y los ejércitos imperiales intervienen ante la solicitud de una o ambas partes enfrentadas. El Imperio posee el poder jurídico de gobernar sobre lo excepcional y la capacidad de desplegar la fuerza policial, siendo estos dos elementos fundamentales para la definición de un modelo imperial de autoridad, el derecho de intervención y la Corte Penal Internacional legitiman la acción policial a través de un conjunto de valores universales. Nada más alejado de la realidad cuando la potencia central del Imperio, los EE.UU., se convierten en un

⁶ HUNTINGTON, Samuel, "The lonely superpower", *Foreign affairs*, vol. nro. 78, N° 2, p. 48.

generador mayor de conflictos en función de su exclusivo interés nacional —la cuestión de Irak así lo demuestra— y este país del Norte no acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Al respecto, el presidente de los EE.UU. George W. Bush, dice en su presentación sobre “Seguridad nacional: la estrategia de los Estados Unidos”: “Tomaremos todas las medidas que sean necesarias para asegurar nuestro compromiso a favor de la seguridad en el mundo, y la protección de los norteamericanos no se verá entorpecida por el poder de investigación, de averiguación y de persecución del Tribunal Penal Internacional, cuya jurisdicción no abarca a los estadounidenses y al cual rechazamos. Trabajaremos en colaboración con otras naciones para evitar complicaciones durante nuestras operaciones militares, en el marco de acuerdos bilaterales o multilaterales que protegerán a nuestros ciudadanos”⁷.

En relación con este punto, Robert Kagan, considerado como el “gurú” de los neoconservadores estadounidenses, dice en un reportaje publicado por la revista *L'Express*: “Los norteamericanos piensan que, puesto que ellos asumen la inmensa tarea de mantener la seguridad internacional, no pueden hacerlo si son tratados de la misma manera que Costa Rica o Bolivia, ni si sus soldados son arrastrados ante la Corte Penal Internacional”. Excelente definición de lo que se considera doble *standard* sin calificar cierta soberbia repugnante cuando menciona a dos naciones americanas.

El Imperio aparecería entonces como el centro que sostiene la globalización de las redes de producción y teje la telaraña que encierra todas las relaciones de poder en su orden mundial. También desarrolla una poderosa función policial contra los nuevos bárbaros y contra los esclavos rebeldes. “El oro no hace tener buenas tropas, pero buenas tropas sirven para tener oro”, escribía Maquiavelo en su “Primera década de Tito Livio”.

Cuando H&N se refieren a lo que ellos han bautizado como “biopoder”, lo hacen para significar lo que ellos consideran como extremo final de la modernidad que se abre sobre lo posmoderno, de tal manera que emergen mecanismos de “manejo” más democráticos y más difundidos o interiorizados en el cerebro de los individuos a través de los medios de comunicación y las redes de información. Esto permite pasar de lo que era una sociedad disciplinaria a una sociedad de control.

Dice John K. Galbraith al respecto: “La globalización no es un concepto serio. Nosotros, los norteamericanos, lo inventamos para ocultar nuestra política de penetración económica en el exterior”⁸.

En relación a la obra *Imperio*, observa Atilio Borón: “Nuestros autores parecen no tener la menor conciencia de la continuidad fundamental que existe entre la supuestamente ‘nueva’ lógica global del imperio, sus actores fundamentales,

⁷ BUSH, George W., “Seguridad nacional:...”, cit., p. 36.

⁸ GALBRAITH, John K., “Entrevista a John K. Galbraith”, *Folha de Sao Paulo*, Brasil, noviembre 2000, pp. 2-13.

sus instituciones, normas, reglas y procedimientos, y la que existía en la fase presuntamente difunta del imperialismo. H&N parecen no haberse percatado de que los actores estratégicos son los mismos: las grandes empresas transnacionales, pero de base nacional y los gobiernos de los países industrializados; que las instituciones decisivas siguen siendo aquellas que signaron ominosamente la fase imperialista que ellos ya dan por terminada, como el FMI, el Banco Mundial, la OMC y otras por el estilo; y que las reglas del juego del sistema internacional siguen siendo las que dictan principalmente los Estados Unidos y el neoliberalismo global, y que fueron impuestas coercitivamente durante el apogeo de la contrarrevolución neoliberal de los años ochenta y comienzos de los noventa”⁹.

II. ROMA

*Fecisti patriam diversis gentibus unam;
Urbem fecisti quod prius orbis erat
(Hiciste una patria de pueblos diferentes;
hiciste la Ciudad de lo que antes era el mundo)*
Rutilio Namaciano

No es el objetivo de este trabajo desarrollar el estudio de la historia de Roma y del Imperio romano en profundidad. Por la importancia, la significación y extensión del tema, un sujeto de esta naturaleza excede los propósitos y el interés del mismo. Sí interesa observar los aspectos principales de esta etapa fundamental en la historia de la humanidad y destacar algunas similitudes, así como las diferencias, con la estructura imperial de nuestros días.

Al cabo de una serie de guerras que condujeron a la creación de la confederación itálica, Roma apareció como la potencia más fuerte del mundo civilizado superando ampliamente a cualquier imperio de Oriente. En esta construcción sobresalió el ejército romano. Este estaba constituido por ciudadanos libres y aliados que no luchaban por obligación o dinero, sino por decisión propia, voluntariamente, y no eran mercenarios, excepto durante las guerras púnicas donde sí aparecen, por primera vez, soldados contratados en algunas secciones.

En aquellos años, los dos imperios más fuertes de Oriente, Macedonia y Siria, se manifestaban hostiles al equilibrio de poderes. Roma era una ciudad-Estado libre y la confederación itálica fue la consecuencia de una alianza de ciudades-Estado semejantes y opuestas a las monarquías. Roma aparecía como el guardián reconocido del equilibrio de poder establecido en esta porción del mundo antiguo. También, Roma actuaba para resolver todas las disputas internas en Grecia, haciendo esto normalmente sin consultar o tener en cuenta la opinión griega. Todos los reinos helenísticos eran independientes, pero ninguno poderoso.

⁹ BORÓN, Atilio, *Imperio & Imperialismo*, CLACSO, Buenos Aires, Cap. 8, p. 135.

Roma garantizaba la libertad, una especie de libertad condicional, pero si alguien deseaba tener una política independiente se lo impedía. Esto ocurría en el siglo II antes de Cristo.

“Aunque Roma no quiso, al principio, emplear un lenguaje demasiado rígido, fue tomando poco a poco el gusto a ese estilo de hablar y sus consejos a sus amigos se convirtieron lisa y llanamente en órdenes que los aliados debían obedecer sin excusa alguna. Los griegos, en especial, se indignaban ante la frecuente intromisión de Roma en los asuntos locales de sus comunidades, aunque, en realidad, muchas veces esta intervención surgía a petición de un partido político contrario. En general, la clase pudiente se inclinaba en favor de Roma y ésta, a su vez, le prestaba un apoyo sólido contra la agitación de las clases bajas. Un gobierno aristocrático estaba más en consonancia con la Constitución romana y gozaba de la sincera simpatía del Senado”¹⁰.

Por ejemplo, Cartago se ganó enemigos entre los grandes propietarios rurales de Italia que no veían con agrado la incipiente exportación de vino y aceite que sus habitantes organizaban desde el norte de África hacia Occidente. Las guerras púnicas, que destruyeron Cartago, tuvieron como objetivo limitar únicamente a la producción de cereal las labores de todo el norte de África, ante la creciente demanda de este producto en Italia, apropiándose de las tierras de los agricultores cartagineses.

En el siglo II a. de JC., Roma era el centro de una organización compleja. Contaba con una Constitución no muy distinta de la de otras ciudades-Estado en un territorio extenso diseminado por toda Italia. Un cuerpo de ciudadanos se encontraba distribuido a lo largo y a lo ancho del territorio. Los dominios de ultramar se hallaban bajo control militar y con un status similar podemos ubicar a Cartago, Sicilia, Córcega y Cerdeña, las cuales pertenecían a Roma pero no a la Confederación. De esta manera, el Estado romano sumaba súbditos que eran tratados como extranjeros, ni ciudadanos, ni aliados. En Asia y en Macedonia, Roma respetó la estructura monárquica de gobierno, asumiendo el Pretor el papel del rey. La formación de las provincias como parte del Estado romano fue importante en el desarrollo político de Roma e Italia.

Roma, por otro lado, podía contar con los recursos y reservas de sus nuevas posesiones como fuente de ingresos. A todo esto, a los ciudadanos romanos no les agradaba pelear en guerras lejanas, por lo cual Roma se puso más estricta con los servicios, particularmente militares, que le debían sus aliados itálicos, comenzando a tratarlos de la misma forma que a sus aliados de ultramar, interviniendo en sus asuntos internos y exigiendo obediencia completa a sus dictados.

Observa Rostovtzeff: “No era menos natural que los aliados itálicos pidieran una participación en las ventajas logradas de los dominios extranjeros que

¹⁰ ROSTOVITZEFF, Mikhail, *Roma. Desde los orígenes a la última crisis*, Eudeba, Buenos Aires, 1984, Cap. VI, p. 60.

ellos habían ayudado a conquistar. Pero los ciudadanos no estaban dispuestos a compartir sus posesiones y rentas con los aliados, y todavía se hizo más fuerte su resistencia a extender el derecho de ciudadanía. Es evidente que tenía que surgir una colisión entre ciudadanos y aliados”¹¹.

Entre los siglos IV y comienzos del III antes de Cristo, el Senado se consolidó como principal institución política. Este cuerpo llenaba sus bancas fundamentalmente con personas que pertenecían a la aristocracia romana, los patricios, que en casi todos los casos eran grandes terratenientes. Roma era una ciudad-Estado gobernada por la aristocracia. Ésta, sin embargo, con el transcurrir del tiempo fue incorporando en su seno a representantes de los plebeyos que habían adquirido cierta riqueza económica y a acomodados ciudadanos latinos y aliados a quienes se les había concedido la ciudadanía. El Senado conducía la política exterior, administraba las finanzas públicas, controlaba a los generales y a la justicia, el Senado era casi omnipotente. El ejército estaba integrado por ciudadanos en armas y esto le había otorgado una ventaja considerable frente a los ejércitos de Cartago como frente a los mercenarios de los reyes helenísticos.

“Polibio atribuye la grandeza de Roma a la perfección de su Constitución, al hecho de que esa Constitución realizaba aquel Estado ideal que los pensadores griegos, a partir de Platón, habían ideado a menudo. Vio a Roma como un Estado en cuya Constitución se habían combinado armoniosamente los elementos monárquicos democráticos y aristocráticos; de hecho, como la encarnación del Estado que Platón y Aristóteles habían considerado como un ideal”¹².

Lentamente el poder se fue concentrando en una sola clase conformada por un pequeño grupo de familias nobles; esto resultaba pernicioso para la colectividad ante la pérdida de valores morales de la clase dominante. Simultáneamente comienzan campañas externas cuyo objetivo era desviar la atención del pueblo al mismo tiempo que se conquistaban territorios en las Galias y en África. Una de las ideas que animaba estas acciones era la de enviar a los países conquistados en calidad de colonos al sector ingobernable del proletariado. En este escenario, el Senado fue adquiriendo más atribuciones, y fueron perdiendo poder los tribunos y las asambleas populares. El Senado se fue separando de la población y así quedaría expedito el camino para la dictadura y luego el Imperio.

A esta altura del desarrollo, Roma controlaba una porción importante del mundo antiguo y Sila sostenía que el Senado podía gobernar un Estado universal, asunto que jamás podría hacer el “populacho” romano. De esta manera el Senado se convirtió en la cabeza real del Estado asumiendo el control supremo y transformando en sus servidores a cónsules y pretores. Sila empieza a gobernar como un dictador.

En el año 46 a. de JC. Julio César se transformó en jefe del Estado romano. El ejército, para ese entonces, se había convertido en el brazo armado de un Estad

¹¹ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. VII, p. 70.

¹² ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. VIII, p. 80.

de alcance mundial, por lo que debía albergar en su seno a representantes de toda la población en condiciones de portar un arma. Éste fue un legado importante de César pues a partir de allí, romanos y nativos de la Galia, España y Asia menor, pasaron a integrar las filas militares. Los ejércitos, las legiones, fueron enviados más allá de Italia, a las provincias de Roma, conservando César un pequeño destacamento de su guardia pretoriana, el que fue disuelto antes de su asesinato en el 44 a. de JC. En idéntico sentido se reformó el Senado: ahora cuerpo representativo no sólo de Roma e Italia, sino de todo el Imperio.

“Otro escándalo del gobierno provincial consistía en las cuantiosas operaciones financieras de los capitalistas, que prestaban dinero a menudo con tipos de interés realmente usurarios. Los préstamos se hacían por lo general a las órdenes de Oriente, que los necesitaban para satisfacer la codicia de los recaudadores y de los gobernadores. A comienzos de las guerras civiles, esas ciudades ya se hallaban comprometidas sin remedio y cada aspirante a la supremacía en Roma les imponía contribuciones que las ciudades no podían pagar. Los capitalistas y banqueros romanos, senadores o caballeros, aprovechaban esas dificultades; estaban dispuestos a encontrar dinero, pero para eso pedían un interés exorbitante y todos los bienes de la ciudad debían servir de garantía. Si la ciudad no estaba en condiciones de pagar, el acreedor, respaldado por el poder de Roma, exigía su dinero con la ayuda de la fuerza armada. No se trataba mejor a los reyes tributarios. El verdadero objetivo de muchas operaciones militares que se realizaban en Asia menor era lograr por la fuerza el pago de una deuda”¹³.

Paul Kennedy, en su excelente trabajo *Auge y caída de las potencias*, cita a un autor alemán que señalaba que se necesita del poder militar para obtener la riqueza y de la riqueza para sostener el poder militar; estableciendo de esta manera una relación estrecha entre riqueza, competitividad y poder militar. Relación a partir de la cual, en cierto punto de la curva, el gasto en fuerzas armadas conspira contra el crecimiento y la capacidad de competir de una unidad política frente a otras que no tienen estas obligaciones por no asumir roles imperiales o globales.

Rostovtzeff nos dice: “Además, el enorme crecimiento del Estado incrementó la importancia del ejército. Sin éste, el Estado romano se hubiera desplomado de golpe. Pero el Ejército no obedecía a nadie, salvo que se le asegurara la victoria y tierras”¹⁴.

El punto central de las reformas de Sila giró en torno a cómo gobernar el Estado, motivo de preocupación más tarde de César. Julio César debía su poder al ejército. Antonio y Octavio, utilizando el mismo medio, destruyeron los últimos intentos del Senado para consolidar su poder.

Emerge así una contradicción: no se podía gobernar un Estado del tamaño y la extensión del romano con el viejo orden y la antigua Constitución de Roma

¹³ ROSTOVITZEFF, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XIII, p. 130.

¹⁴ ROSTOVITZEFF, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XIII, p. 132.

como ciudad-Estado. De esta manera el ejército adquirió mayor peso apoyándose en el rechazo de los ciudadanos itálicos y romanos a renunciar a su posición predominante en el Estado. La única solución posible a esta contradicción era una nueva Constitución basada en el poder militar de un individuo. La consolidación de un sistema monárquico aparecía entonces como una salida natural y estaba a la vuelta de la esquina.

“La concepción por la que lucharon los griegos y que se halla en la raíz misma de la Constitución romana de los siglos V y IV a. de JC., esa concepción de una familia de Estados libres e independientes, iba siendo sustituida, poco a poco, por la antigua idea oriental de un Estado único universal, con una cultura uniforme y gobernado por un solo hombre”¹⁵. Roma se convirtió así en la “ciudad” por excelencia, la que tenía por misión someter al mundo y que lo somete castigando sin piedad a los rebeldes, ejerciendo en su plenitud el derecho del vencedor con la destrucción de Cartago y de Corinto en el año 146, y la de Numancia en el año 133 antes de Jesucristo.

No impunemente Roma, ciudad republicana, se había convertido en dueña de inmensos territorios lejanos. Asimilando los itálicos a sus ciudadanos, pudo salvaguardar sus instituciones municipales. En ese cuadro geográfico ampliado éstas no funcionaban más que de una manera ficticia: ninguna asamblea podía reunir más que una ínfima porción del cuerpo cívico. Se trataba además de dominación y no de asociación, una dominación rigurosamente codiciosa, que postulaba la permanencia de la violencia y que, desarmando los súbditos cuya sublevación temía, no podía contar más que con su propia fuerza para mantener a raya los pueblos que quedaban fuera de sus fronteras, siempre dispuestos a aprovechar el descontento interior.

Veamos lo que nos dice André Aymard: “Tenemos, mezcladas, la sed del oro y la miseria, una y otra intensamente acrecentadas, si no creadas, por la conquista que trastorna la economía y la sociedad. Insaciables, los hombres de negocios desean nuevos dominios para explotar, y los soldados, muchas veces, nuevas guerras que les valgan de botín y recompensas. Con la confiscación de los tesoros enemigos, las indemnizaciones de guerra impuestas a los vencidos, los donativos de los aliados obsequiosos para el poderoso y los tributos anuales pagados por las provincias, los provechos del imperialismo son tales que la plebe obtiene su parte en las generosidades del Estado y apoya con entusiasmo una política en su concepto tan provechosa. Por encima de este áspero egoísmo, incluso algunos conscientes hombres de Estado piensan a veces que una guerra y una conquista ayudaría a resolver las dificultades interiores, ya creando una diversión, ya aumentando los recursos financieros”¹⁶.

Octavio combinó el poder militar con el deseo de Italia y de los ciudadanos romanos de conservar su posición central, privilegiada. En este escenario Italia

¹⁵ ROSTOVITZ, Mikhaïl, *Roma...*, cit., Cap. XIII, p. 133.

¹⁶ AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine, *Roma y su Imperio*, Destino, Barcelona, 1960, p. 150.

estaba dispuesta a aceptar un gobernante militar que fuera un autócrata. Las provincias, por su lado, toleraban esta situación a cambio de paz y orden, a cambio de alguna autoridad que ordenara el Imperio y permitiera el progreso luego de dolorosas guerras civiles. Octavio recibió el título de *Imperator*, que lo confería el Ejército, pasando a ser el jefe del Senado y primer ciudadano (*princeps*).

Así murió la República romana, incapaz de resolver el delicado problema de las relaciones entre el poder civil y el poder militar cuando, con la dominación de un Imperio, revistió una particular gravedad. Pero, tanto como la República, lo que moría era la ciudad romana. Nacida ciudad y no concibiendo que pudiese ser otra cosa, Roma no podía adaptar sus instituciones municipales a las tareas que le creaba la posesión de vastos territorios. En este aspecto se mostró más flexible que ninguna otra ciudad antigua concediendo su ciudadanía más generosamente que alguna otra hasta entonces. Pero esta dilatación humana tenía límites, infranqueables para una ciudad donde la asamblea de los ciudadanos continuaba votando las leyes y designando los magistrados. Para conservar unidos los territorios y los pueblos conquistados era necesario transformar la estructura misma del Estado: sólo un régimen nuevo estaría capacitado para organizar, sobre nuevas bases, la vida común del pueblo-rey y de sus súbditos.

"Los propios romanos desde hacía tiempo llamaban a su Estado 'imperio romano', es decir, la parte del mundo en que la autoridad del pueblo romano constituía la ley suprema; por eso, el representante de esa autoridad se convirtió, después del período revolucionario, en el 'Emperador'" ¹⁷.

"Augusto no podía hacer lo mismo que César y Antonio, su victoria era el triunfo de los ciudadanos sobre las provincias. El Estado que debía gobernar sería un Estado en que Italia y los romanos fueran señores y las provincias meros servidores y súbditos. Un Imperio de tales características sólo podía ser defendido por un ejército cuyo núcleo estuviera constituido por ciudadanos romanos" ¹⁸.

Augusto estableció el control total sobre el ejército desplazando completamente al Senado y a la Asamblea popular, quienes perdieron toda incumbencia en los asuntos militares. También asumió el control sobre las finanzas del Estado y los recursos materiales del Imperio. El Estado obtenía principalmente sus rentas de los dominios que le pertenecían, incluidas las provincias; pero estas fuentes de ingresos no alcanzaban para cubrir los gastos que demandaba un gran ejército permanente. Por ello, durante el siglo I a. de JC. éste pagaba a sus soldados a través de la guerra: el botín del que se apoderaban servía a esta finalidad. Los dos pilares del poder de Augusto fueron el Ejército y las finanzas. También había logrado restablecer el orden en el Imperio y esto era muy apreciado.

"...Debemos agregar la satisfacción general que producía el orden que él (Augusto) había establecido. Las provincias estaban contentas; después de los trastornos de la guerra civil, un nuevo sistema de gobierno controlado por el

¹⁷ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XIV, p. 144.

¹⁸ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XIV, p. 146.

Emperador, que contrarrestaba la conducta arbitraria de los recaudadores de impuestos y reglamentaba la recaudación de los impuestos directos, les dio un respiro y una posibilidad de recuperación”¹⁹.

La política exterior de Augusto sirvió para fortalecer su principado distribuyendo ejércitos permanentes en las fronteras amenazadas y asegurando el desarrollo económico de Italia y las provincias. La situación más complicada se le presentó en la frontera oriental de la Galia, en el Rin, en el Danubio y en los territorios limítrofes con Macedonia, en la Iliria. Aun así, por más de cuarenta años Augusto fue el jefe indiscutido del Imperio romano.

Un largo período de guerras civiles había dejado profundas huellas en los romanos, esto había motivado un interés menor en los asuntos públicos y en el Estado. La religión, en este caso, inspiraba la concepción general de la vida y el estoicismo se adaptó a la religión. De esta relación surgió el neopitagorismo desarrollando un fuerte misticismo e interés por la vida futura.

La investigación filosófica tendió hacia el dogma y el dogma se transformó en teología. El estoicismo, muy difundido en la época de Augusto, constituyó una doctrina muy flexible y adaptable a situaciones diversas. Estas creencias constituyeron la base ideológica de la monarquía y su concepción partía de considerar que el individuo gozaba de la más elevada libertad interior si el monarca era el mejor hombre de un Estado en el cual se halla incluida toda la humanidad. Así, el mejoramiento moral del individuo devenía un tema de la mayor importancia. El ideal estoico —la ataraxia— conducía al perfecto equilibrio del espíritu.

Esta teoría, religiosa, moral y filosófica, gozó de gran difusión entre las clases superiores de la sociedad romana. Sin embargo, tanto los más encumbrados como los más humildes sufrieron conmociones que no les permitió encontrar la paz ante el espectro permanente de la muerte violenta. Esto motivó que muchas mentes comenzaran a volverse hacia el misterio de la vida futura, pidiendo a la religión y a la filosofía una respuesta convincente a sus interrogantes. Ante un estoicismo que no contesta ni satisface, mucha gente se volcó al neopitagorismo que presentaba una escatología más rica y una mayor preocupación por el más allá, tal como lo expresara Virgilio.

“Todas esas corrientes de opinión revelan un impulso instintivo para volver a una posición religiosa pura, a una fórmula, sea la que fuere, que respondiera a todas las dificultades y calmase todas las dudas y temores. Esto es verdad incluso en el caso del materialismo que se cubre con el nombre de Epicuro. Una ola religiosa, que asciende gradualmente, se apodera cada vez con mayor fuerza de los corazones y gana victoria tras victoria sobre el racionalismo y la ciencia. Este proceso se puede ver con más claridad en el incremento del culto divino a los emperadores. Dos corrientes se encuentran aquí, una que viene de arriba, y la otra de abajo. He hablado ya de las ideas fundamentales corrientes en el mundo antiguo que condujeron al culto de los hombres deificados, en especial de Alejandro

¹⁹ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XIV, p. 153.

Magno y de sus sucesores. Ni la religión ni la filosofía antiguas habían trazado una línea divisoria bien definida entre lo humano y lo divino. De allí la creencia en un Mesías, en la encarnación de un poder divino en una forma humana, para salvar y regenerar a la agonizante humanidad. Hércules y Apolo eran legendarios salvadores de ese tipo. Los libros sibilinos, estrechamente relacionados con el culto de Apolo e influidos por las ideas mesiánicas del Oriente, hablaban de la posibilidad de que esos dioses volvieran de nuevo. Se creía que en un momento crítico aparecería el hombre-Dios, el salvador o *Soter*. Podía presentarse en la forma de un Dios que sufre por el hombre o, tal vez, como el divino vencedor del Mal, para inundar de luz las tinieblas en que la humanidad estaba hundida. La famosa égloga de Virgilio y algunas odas de Horacio prueban con cuánta firmeza creían los hombres en la posibilidad de los acontecimientos y cuán profundamente había calado en la mente de los hombres educados esa idea, combinada con las fantasías astrológicas y neopitagóricas”²⁰.

Augusto, gracias al período prolongado de paz mencionado apareció como un Dios, una suerte de Mesías, un Salvador. De esta forma, muchos estaban convencidos de que las profecías sibilinas se habían convertido en una realidad; el Mesías había llegado trayendo consigo una nueva era en la historia humana, una nueva edad de oro.

Augusto se asemejaba a Apolo, conquistador del Mal, y la idea básica era la identidad del Estado y de su jefe en su divina esencia. Augusto murió en el año 14 después de Cristo y su gobierno estuvo marcado por más de cuarenta años de paz. Sus sucesores, en líneas generales, mantuvieron la política exterior de Augusto. Política que se basaba en acciones defensivas en la frontera: Germania, Danubio y Éufrates, y cuya expresión práctica se afirmó en la creación de una poderosa frontera militar con una cadena de fuertes, legiones y fuerzas auxiliares, capaces de atacar y defenderse al mismo tiempo.

“Fue de suma importancia la obra que realizaron los emperadores al reglamentar el gobierno de las provincias imperiales y senatoriales, en particular de estas últimas. Por una parte, se reforzó el control personal del gobernante por medio de sus agentes financieros; por otra, las reuniones de los representantes de las diversas ciudades, que se efectuaban para rendir el culto debido al Emperador, permitieron elevar quejas ante éste y el Senado de Roma en caso de que los gobernadores abusaran de sus atribuciones. Un tercer punto de gran importancia es la desaparición gradual de las compañías arrendatarias que se ocupaban de la recaudación de los impuestos directos e indirectos. Su lugar fue ocupado por funcionarios imperiales o procuradores, que actuaban en nombre del Emperador, tanto en las provincias imperiales como en las senatoriales. Todos esos hombres, salvo los que desempeñaban funciones elevadas, eran esclavos o libertos impe-

²⁰ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XV, p. 162.

riales; tenían sus oficinas centrales en las capitales y otras, secundarias, en las pequeñas ciudades”²¹.

El poder de los sucesores de Augusto, los Flavios y los Antoninos, era puramente personal. La autoridad era un derecho fundado en el parentesco con Augusto y para ello se recurría a intrigas, crímenes y escándalos. Esto fue produciendo un fuerte deterioro de la legitimidad de la figura del Emperador. Los estoicos, por ejemplo, no tardaron en oponerse a los emperadores sosteniendo que era falso considerar el principado como algo cuyo único objetivo era satisfacer la ambición personal o el despotismo apoyado en la fuerza y en la violencia. El poder, según los estoicos, era confiado al hombre por Dios y para ello aquel que lo detentaba debía ser moral e intelectualmente superior al resto, el rey no era el dueño sino el sirviente de la comunidad.

Con los Antoninos llegaba a su fin la obra organizadora de Sila, Pompeyo, César y Augusto. El Imperio romano estaba ahora rodeado por una serie de fortalezas militares en Bretaña, el Rin, el Danubio, el Éufrates, Arabia, Egipto y África. Un primer problema quedó resuelto con esta organización, habiendo sido influenciada Roma por más de un siglo de cercanía con sus vecinos germanos y partos. Los germanos habían aprendido mucho de los romanos, habían asimilado sus tácticas militares y conocían como pocos los puntos débiles del Imperio. Los partos, por otro lado, se habían convencido de que Roma no era invencible y de que el Eufartes no constituía una barrera insuperable. De esta manera, las tribus germanas del Rin y del Danubio aumentaron la presión durante el reinado de Domiciano.

Esta nueva realidad hizo al servicio militar romano más difícil y peligroso, disminuyeron sensiblemente los voluntarios y se incrementaron las dificultades para completar las legiones con población urbana o con nativos de Italia. Durante los dos siglos que siguieron al nacimiento de Jesucristo, Augusto y sus sucesores hicieron realidad la paz permanente y ordenaron el Estado sin revoluciones o guerras exteriores. “El Imperio romano creó esa paz y ese orden no sólo para un grupo de seres humanos sino para todos los que estuvieran influidos, en mayor o menor grado, por la civilización”²².

Un beneficio para Roma fue dar entrada a la civilización a gente nacida en Oriente. España, Britaña, Galia, parte de Germania, norte de los Balcanes y costa norte de África, recibieron esa civilización en su forma occidental, latina e itálica. “Roma realizó esta misión civilizadora mediante el empleo de métodos pacíficos y la atracción natural que ejerce una forma superior de vida ofrecida por el Estado-nación dominante; no fue necesario recurrir a la coerción, a la violencia, a las armas o a la transferencia de pueblos enteros de un lugar a otro”²³.

²¹ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XVI, p. 177.

²² ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XVIII, p. 190.

²³ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XVIII, p. 190.

La cultura cumplió un papel importante dándole cohesión y unidad a los habitantes del Imperio en momentos difíciles. La cultura, con la excepción de algunas variantes locales, era la misma en todas partes. Partía de la concepción griega de la ciudad y constituyó la base de la vida social y económica de todos los territorios del Imperio romano. Roma era un Estado único dividido en una cantidad de distritos militares que se fue transformando en una numerosa federación de ciudades autónomas con sus territorios y un gobierno central en la ciudad de los césares.

La "paz romana", según lo analizan Aymard y Auboyer, no aportó sólo a la civilización del Alto Imperio el beneficio que constituye la desaparición práctica de las miserias de la guerra. Por su concepción general como por sus métodos muy calculados, orienta su desarrollo. Mantiene un cierto orden social, favorable a las clases acomodadas. Despliega la seducción de ciertas recompensas para provocar conversiones a los ideales romanos. Sobre todo, favorece esas conversiones transformando las zonas fronterizas. En éstas hace surgir la producción y el tráfico, las calzadas y las ciudades, los campesinos y los ciudadanos. Absorbe en el ejército ciertos elementos aventureros de poblaciones díscolas que hubieran podido convertirse en elementos de desorden y que, iniciados en la disciplina, en los hábitos de vida y en la lengua de sus amos, se enorgullecen, después de haberles servido durante largo tiempo, de un estatuto jurídico que los convierte en sus iguales. "El ejército imperial, en los siglos I y II, se concibe y funciona de tal manera que, por todo el contorno del mundo romano, constituye un poderoso instrumento de romanización". En el gobierno interno de esas nuevas provincias, el Imperio mantenía y reforzaba el sistema existente, social y económico, basado en el clan y las subdivisiones del clan, llamadas por los romanos *civitas* y *pagi*, respectivamente. Dentro de los límites de cada provincia, Roma quedaba satisfecha si los impuestos, calculados según un censo romano, se pagaban regularmente y si se suministraban reclutas para las tropas auxiliares. Los agentes empleados para esos objetivos eran, en parte, los procuradores imperiales y, en parte, la aristocracia nativa, que servía como intermediaria entre Roma y el pueblo en general y se hacía responsable por el comportamiento de este último. También la aristocracia dirigía, como clase gobernante, toda la vida local de las tribus, bajo el control de los gobernadores romanos, legados del Emperador"²⁴.

De esta manera, el hecho de encontrarse rodeadas por fronteras militares que se extendían en una línea ininterrumpida desde el Mar Negro hasta el curso superior del Danubio y desde el Rin hasta el Mar del Norte, permitió que las provincias romanas se convirtieran en una red de territorios urbanos. El Emperador concentró en sus manos todos los resortes de la administración en los dos primeros siglos después de Jesucristo como fue señalado. El derecho romano y los códigos locales en las provincias se superponían e influían mutuamente. Teodosio y Justiniano codificaron el derecho imperial romano.

²⁴ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XVIII, p. 194.

El Emperador se ocupaba principalmente de la defensa de las fronteras y vigilancia de los mares, los organismos municipales mantenían el orden dentro del Estado. La población podía desplazarse de una parte a otra del Imperio, aunque esto le estaba vedado a los siervos de Oriente.

El Estado trataba de eliminar a los grupos sediciosos y los primeros cristianos fueron vistos como tales; los seguidores de Jesucristo fueron perseguidos porque se negaban a rendir culto al Emperador si bien aceptaban su autoridad terrenal: "al César lo que es del César, a Dios lo que es de Dios". Así, una fuerte crisis afectó al Imperio en el siglo III después de Jesucristo, ésta fue una época que cerró el período del despotismo ilustrado con la instauración de Cómodo —hijo de Marco Aurelio— en el trono, y con el inicio de una nueva era de miseria, intrigas y matanzas. El Ejército adquirió en estos años un gran poder sobre el Estado. Los problemas internos se multiplicaron y cuanto más se agravaba la situación, más presión ejercían los bárbaros sobre las fronteras. Éstas fueron invadidas en casi todos sus puntos y Roma se encontraba en una posición incómoda para vencer a sus enemigos externos. Una fuerte alianza de las tribus germanas; sajones que saqueaban las costas de Britania y Galia; Galia amenazada por los francos; godos y sármatas desde el sur de Rusia avanzando sobre el Danubio y la dinastía sasánida que había ocupado el poder en Persia, dibujaban el escenario caótico que debía enfrentar el Imperio romano.

En el año 284 el Ejército proclamó emperador a Diocleciano. "En esa época tuvo lugar otro cambio radical en la composición del Ejército. Hemos visto ya que durante el reinado de Augusto el ejército se componía principalmente de nativos de Italia y ciudadanos romanos residentes en las provincias. Las legiones se reclutaban dentro de esas dos clases. Y aunque los provinciales que no poseyeran la ciudadanía tenían cada vez menos dificultad para ser admitidos en sus filas, las legiones provenían de las provincias más civilizadas y el ejército todavía representaba a los habitantes más cultos del Imperio. Sin embargo, ni siquiera Adriano pudo mantener ese sistema por más tiempo. Su Ejército se reclutaba en las provincias en donde estaban apostadas las guarniciones permanentes. La población urbana eludía la obligación del servicio militar de allí que el Ejército, tanto las legiones como las tropas auxiliares, se fuera llenando de trabajadores agrícolas de las provincias, hombres que habían trabajado en territorios urbanos o en otros lugares. Al mismo tiempo, la profesión de soldado llegó a ser hereditaria; los hombres vivían en campamentos o en las poblaciones adyacentes y los hijos solían escoger la profesión de sus padres. En los tiempos tormentosos de los últimos antoninos, Roma necesitaba una constante incorporación de reclutas para defenderse de los bárbaros. Millares morían en los combates y la peste barrió con muchos más. Además, las clases civilizadas iban perdiendo la costumbre del servicio militar y enviaban hombres de inferior categoría a las filas. De ahí que los emperadores prefirieran emplear un sector más primitivo de la población: campesinos y pastores de los confines del Imperio, tracios, ilirios, españoles, montañeses, moros, hombres del norte de Galia, gentes de las montañas de Asia menor y

Siria. De esta manera, el Ejército vino a representar a la parte menos civilizada de la población, hombres que vivían fuera de las ciudades, que envidiaban el lujo de los ciudadanos y los consideraban meros opresores y explotadores”²⁵.

El Ejército y sus hombres se adueñaron del Imperio. Los soldados saqueaban las ciudades ricas aspirando a abolir los privilegios de las clases superiores. Los oficiales, últimos representantes de una cultura superior, desaparecieron del Ejército, lo que produjo un descenso considerable en el nivel de los cuadros. Los nuevos oficiales que se incorporaban se diferenciaban cada vez menos de la tropa.

El emperador Diocleciano se planteó tres objetivos durante su gestión: reforzar los poderes del gobernante; reformar los métodos de gobierno y renovar el Ejército. Esto fue así porque el poder autocrático del Emperador resultaba ineficaz para gobernar el Imperio y defenderlo en las enormes extensiones conquistadas. “Diocleciano planeó un sistema, un tanto artificial, por el cual se dividía el Imperio y el poder imperial sin sacrificar la integridad del Estado”²⁶. Diocleciano dividió el Imperio en cuatro partes pensando que poderes locales estarían en mejores condiciones para garantizar el “*limes*” o frontera, término del cual proviene la palabra castellana límite.

La función más importante del Emperador era la de comandar el Ejército y la defensa militar del Imperio pasó a ser el principal asunto. Los soldados de Diocleciano provenían de los pueblos más atrasados del Imperio y, entre ellos, los más apreciados eran los germanos, que no eran súbditos del Imperio. “Las mejores tropas y las más aptas para el servicio solían ser los bárbaros mercenarios contratados por Roma que acampaban cerca de las capitales de los gobernantes, los dos augustos y los dos césares. Esos destacamentos, llamados comitatenses, constituían una sólida fuerza expedicionaria dispuesta a marchar hacia la frontera en cualquier momento. Esa fuerza había tenido su origen en la guardia pretoriana y era, en realidad, una guardia personal en el sentido amplio de la palabra”²⁷.

Para la recaudación de impuestos el Imperio se dividió en ciento una provincias, originando una enorme carga impositiva y más pobreza. Muchas personas cambiaban de domicilio o de oficio para eludir el pago al Estado, a partir de lo cual éste sujetó a los trabajadores a la tierra fuera ella de su propiedad o arrendada. Así los convirtió en siervos del gobierno: eran libres pero no podían abandonar la tierra.

La protección del Imperio durante los siglos IV y V requería de una nueva gran estrategia que contase con un ejército móvil central y un sistema de defensa en profundidad. La defensa en profundidad se basaba en el postulado de que las fronteras no pueden devenir impenetrables (al menos no a un costo razonable) y que los ataques serían exitosos en la penetración de los perímetros defensivos. Tales invasiones podían ser contrarrestadas, sin embargo, mediante el manteni-

²⁵ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XXI, p. 226.

²⁶ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XXII, p. 232.

²⁷ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XXII, p. 233.

miento de fortines relativamente sólidos con una unión bastante profunda a lo largo de las fronteras y un ejército móvil (o varios de ellos dispersos por regiones) dentro del Imperio. Los fortines debían ser lo suficientemente poderosos como para resistir los ataques y, sin embargo, no encontrarse tan fuertemente defendidos como para transformarse en un drenaje de poderío que debilite a su vez el ejército móvil. Puesto que los invasores bárbaros de la época romana sabían normalmente poco acerca de las técnicas de las guerras de asedio y no podían sitiar fuertes bajo el cerco por miedo a ser capturados por el ejército móvil, la defensa en profundidad era en algunos aspectos técnicamente práctica.

La seguridad alrededor de las fronteras del Imperio romano de hecho funcionó bien desde los tiempos de Adriano hasta el final de la dinastía de los Severos, con la excepción del reinado de Marco Aurelio. La guerra en dos frentes era un problema potencial, pero no imposible, incluso bajo Marco Aurelio, y no menor para la defensa en profundidad. Muchos sugirieron que los soldados apostados en las lejanas fronteras se volvían débiles a causa de la monotonía de la patrulla fronteriza, pero no existe evidencia de que los ejércitos romanos del Primer Imperio se vieran tan afectados por eso. El ejército de Septimio Severo era tan eficaz como el ejército de Trajano.

Dice Arther Ferrill ²⁸: "A pesar de que el Emperador podía estar confiado por la presencia cercana de un ejército móvil, los habitantes de las provincias fronterizas, a través de las cuales se esperaba que entraran las invasiones, se negaban a agradecer su posición".

Como resulta evidente, la peor característica de la defensa en profundidad es que dentro de la política de defensa el ejército móvil se convirtiera en una fuerza de elite y los defensores de frontera en meros actores secundarios. A las tropas que no esperan derrotar al enemigo se les puede echar la culpa de querer eludirlo en conjunto. "En efecto, conforme pasó el tiempo las tropas de frontera del Imperio romano (las llamadas *limitanei* —de frontera— y *ripenses* —de ribera—) se hicieron inútiles, mientras que se esperaba que el ejército móvil (comitatenses) hiciera el gasto en la lucha. El resultado fue que el potencial efectivo de combate de Roma se encontró drásticamente reducido aun cuando el ejército total era más grande que durante el Primer Imperio" ²⁹.

Una de las consecuencias de la nueva estrategia fue socavar el peso relativo de la infantería romana. Como resulta natural, en un ejército que se desplaza, las unidades más móviles como la caballería resultan favorecidas. Ya entonces, muchas unidades del ejército provenían de las Galias o del otro lado del Rin y la afición de Constantino a las tropas germanas dio lugar a la acusación de que había "barbarizado" al ejército.

²⁸ FERRILL, Arthur, *La caída del Imperio Romano. Las causas militares*, Edaf, Madrid, 1986, p. 71.

²⁹ FERRILL, Arthur, *La caída del Imperio...*, cit., p. 71.

Constantino y sus hijos conservaron, en líneas generales, las reformas introducidas por Diocleciano que separaban el mando militar del civil y eliminaban a los senadores provenientes de las armas. Los gobernadores y generales tuvieron en realidad menos poder que sus predecesores durante el Primer Imperio, y hubo en algunos casos más oportunidades para la corrupción, como el caso de generales que recurrieron a recursos variados para obtener a través de la fuerza dinero de los gobernadores y los oficiales de finanzas. Políticamente, sin embargo, la ventaja fue que los nuevos gobernadores y generales, mermado su poder, tuvieron menos afición a encabezar rebeliones.

“Constantino fue responsable de otras reformas importantes del ejército. Redujo el tamaño de la legión de casi cinco mil hasta mil guerreros. Disolvió la antigua guardia pretoriana desde que el nuevo ejército móvil la hizo obsoleta y mantuvo el sistema logístico de Diocleciano basado en la tributación en especies. Ese sistema proporcionaba pagas militares en víveres con suplementos ocasionales (aunque bastante regulares) en moneda. Las guardias especiales del Imperio (llamados *Scholae Palatinae*), compuestas de regimientos de caballería de elite (existían quinientos) reclutados principalmente entre los germanos, servían a la voluntad de Constantino y reemplazaron a la disuelta guardia pretoriana. Las tropas fronterizas, *limitanei* y *ripenses*, las nuevas legiones más pequeñas, apoyadas por modestos contingentes de caballería y comandadas por un *dux*, pueden haber servido como una especie de fuerza de policía regional dadas las condiciones algo más salvajes y más carentes de ley que prevalecían en las provincias durante los últimos años del Imperio”³⁰.

A fines del siglo IV, por otro lado, las armas y la instrucción de la tropa en materia de armamentos habían sufrido un serio deterioro en relación a sus primitivos patrones porque el nuevo papel estratégico de los contingentes de frontera les otorgó responsabilidades menos importantes e hizo que no se exigiera todo de ellas desde un punto de vista táctico. La gran estrategia de Constantino tuvo un efecto terrible sobre la eficacia militar y el espíritu de cuerpo. La creciente centralización del Imperio de Roma durante el siglo IV no produjo necesariamente un ejército mejor.

Constantino llevó adelante una nueva tentativa para crear una única religión de Estado y obtener así un fundamento para la autoridad imperial bastante deteriorada para esos tiempos. Durante los tres primeros siglos, las tendencias religiosas que finalmente se consolidan en una religión de Estado se basaron en dos objetos: el Emperador y la trinidad de Júpiter, Juno y Minerva. El centro de la vida religiosa se instalaba en las ciudades y, sobre todo, en el Ejército. El aspecto que mayor desarrollo tuvo dentro de la religión después de las guerras civiles fue el culto del Emperador. En otro orden de cosas, las clases más educadas adherían al estoicismo, que aparecía para la gran masa de la población como demasiado frío,

³⁰ FERRILL, Arthur, *La caída del Imperio...*, cit., p. 74.

complicado, razonable y lógico, como algo extremadamente terrenal. El ejército se fue transformando paulatinamente en el principal centro de la religiosidad.

Los cristianos entraron en conflicto con el poder civil ante su cerrada negativa a rendir culto al Emperador, como ha sido señalado en otra parte de este trabajo. De esta manera las comunidades cristianas pasaron a ser uniones ilegales. "El carácter secreto de las reuniones que celebraban los cristianos, su desprecio por las categorías sociales y por los honores terrenales, la ruptura escandalosa con todas las tradiciones ancestrales y con el conformismo corriente a que obligaban a sus neófitos no judíos, su falta de participación en el culto imperial, la propaganda exaltada que realizaban algunos de ellos contra el matrimonio y la vida militar, todo esto no podía dejar de inquietar a los hombres conscientes de sus obligaciones de gobernantes que eran los Antoninos"³¹. Los emperadores Maximino, Decio y Valeriano declararon la guerra a los cristianos; sin embargo, los siglos II y III conocieron un importante crecimiento de los seguidores de Jesucristo.

"La minoría cristiana consideraba el suplicio como un combate en el que el mártir, sucumbiendo, salía vencedor porque había obtenido con la 'gloria de complacer a Dios', el rescate de todas sus faltas y la seguridad de la vida eterna. Por ello hubo incluso voluntarios al martirio, como esos cristianos de Asia que, en tiempos de Cómodo, se presentaron en tan gran número al procónsul que éste, después de haber dictado algunas sentencias, los rechazó invitándolos a recurrir a las cuerdas y a los precipicios; además, la sana doctrina veía con malos ojos esos excesos de celo. En el otro campo, para algunos de los que no creían todavía, el 'martirio' tomaba el valor de 'testimonio', que es el sentido de la palabra en griego: atestigua la fe del mártir y, al mismo tiempo, la fuerza que ella le inspiraba como consecuencia de su verdad"³². Los comandos suicidas musulmanes recuperan hoy, en alguna medida, esta vieja tradición sin aportar nada nuevo o desconocido en la historia, usos y costumbres de las grandes religiones del Libro.

El cristianismo comenzó a tener una gran influencia en el Ejército y, a medida que el Estado se tornaba más decrepito, la Iglesia se fortalecía. Muchos entendían que así como la obediencia al Estado acarreaba dolor y sufrimiento, en particular para aquellos que revistaban en las filas del ejército, pertenecer a la Iglesia aportaba paz, apoyo moral y material.

Diocleciano enfrentó a los cristianos tratando de someter la Iglesia al Estado pero como jefe de un instrumento que había perdido toda autoridad moral y al cual le quedaba únicamente el recurso de la fuerza. Así, la Iglesia se transformó en un Estado dentro del Estado. "Sin embargo, una cosa es clara: la victoria de la cristiandad señala una ruptura con el pasado y un cambio de actitud del pensamiento humano. Los hombres estaban cansados y no querían seguir buscando. Se volcaron con avidez hacia un credo que prometía calmar la mente atormentada,

³¹ AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine, *Roma y su Imperio*, Destino, Barcelona, 1960, p. 559.

³² AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine, *Roma...*, cit., p. 56.

que podía dar certeza en lugar de dudas, una solución final para una multitud de problemas. Teología en vez de ciencia y lógica”³³.

La razón, en este caso, no daba felicidad al hombre, la religión cristiana aseguraba la felicidad más allá de la muerte. Conviene recordar a esta altura del desarrollo aquella interesante observación de Hegel acerca de la angustia existencial básica que conmueve a los seres humanos, al saberse finitos y poseer la capacidad de pensar y concebir el más allá, el infinito. Observación que en buena medida reafirma el enorme valor explicativo de la religión.

“Tenemos que limitarnos a las causas generales, es decir, a las cualidades intrínsecas del cristianismo, puesto que no se encontraba sólo en poder aprovecharse de la decadencia sentimental, sino formal, de los cultos oficiales. Poseía aproximadamente todo lo que favorecía el éxito de los cultos orientales: el poder de emoción que se desprende de la muerte y resurrección de Jesucristo; una enseñanza moral; la promesa de salvación de los justos; ceremonias que actuaban sobre la sensibilidad de los fieles. No obstante, a despecho de esas semejanzas, su monoteísmo lo preservaba de todo contacto peligroso; no se dejaba ni envolver ni fundir en la ola de universal sincretismo que entonces abrazaba tantas creencias. Después de haber conquistado un adepto no era nada fácil que lo perdiese. Con esta interdependencia afirmaba mejor aún la legitimidad de sus pretensiones y la confianza en sus solas virtudes. Añadamos que se ofrecía a todos, incluidos mujeres y niños, sin iniciación complicada, con un dogma sencillo para los humildes y propio, sin embargo, para satisfacer las más elevadas aspiraciones intelectuales”³⁴.

La aparición del cristianismo fue horadando y quebrando la legitimidad ideológica del Emperador, produciendo la decadencia del Imperio. Sin embargo ésta no fue la única causa, si bien puede ser considerada como una de las más importantes. El Imperio de Occidente se fue disgregando en sus partes constitutivas: Italia y las antiguas provincias fueron gobernadas con el transcurrir del tiempo por las tribus germánicas, los germanos, en épocas de Diocleciano y Constantino, predominaban cada vez más en el Ejército y en la corte imperial. Por otro lado, el Imperio de Oriente conocía un proceso de disolución más lento pareciéndose el gobierno a un despotismo oriental.

“La historia de los antiguos centros de civilizaciones se transforma, cada vez más en una historia de disolución y decadencia. Las viejas instituciones son reemplazadas por condiciones absolutamente primitivas. En la esfera social, económica e intelectual, hay una regresión ininterrumpida hacia la barbarie”³⁵.

³³ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XXIII, p. 246.

³⁴ AYMARD, André y AUBOYER, Jeannine, *Roma...*, cit., p. 562.

³⁵ ROSTOVITZ, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XXIV, p. 249.

Un bajo porcentaje de nacimientos y la paulatina desaparición de la familia entre las clases acomodadas; sectores laboriosos que desaparecían tan rápido como las clases superiores; vacíos poblacionales que se llenaban con recién llegados y extranjeros: bárbaros del otro lado del Rin y del Danubio, germanos e iraníes; configuran un panorama que actuó sobre y estuvo en los orígenes de la decadencia general. Esto abre la posibilidad de establecer una comparación bastante aproximada con lo que hoy ocurre en el mundo desarrollado.

“La evolución de esos estados de espíritu (apatía en el rico y descontento en el pobre) fue, en un principio, lenta y velada. Pero, de pronto, se agudizó, cuando el Imperio, después de dos siglos de paz y tranquilidad, se vio obligado a defenderse contra enemigos del exterior. El momento exigía un gran despliegue de entusiasmo. Pero el rico no podía salir de su indiferencia y el pobre, al ver la debilidad y la impotencia de los mejores y privado de toda participación en ese conformismo indolente y ocioso, se llenó de odio y envidia. Al advertir esta enfermedad interna del Estado, los gobernantes trataron de imponer a sus súbditos la obligación de defender el Imperio y su civilización. La mano de la autoridad fue por igual dura para los de arriba y los de abajo. A fin de salvar al Imperio, el Estado comenzó a oprimir y arruinar a la población, pero rebajó al poderoso sin elevar al humilde. De ese hecho, surgió la catástrofe social y política del siglo III, en la cual el Estado con el apoyo del Ejército o, dicho de otra manera, de las clases bajas, derrotó a las clases superiores y las dejó humilladas y empobrecidas. Ese acontecimiento fue un golpe fatal para la civilización aristocrática y urbana del mundo antiguo”³⁶.

Polibio veía la construcción imperial como el apogeo del desarrollo político, desarrollo formado por tres componentes: la monarquía representada por el Emperador; la aristocracia por el Senado; y la democracia por la Comitia. Con el paso del tiempo y ante el desgaste natural que sufre cualquier estructura imperial, la monarquía se transformó en tiranía, la aristocracia devino oligarquía y la democracia degeneró en anarquía. Nada mejor para representar en los tiempos que corren esta suerte de Imperio globalizado.

Según Polibio, la monarquía afirma la unidad y la continuidad del poder, la monarquía aparece como la instancia superior del poder imperial. Por otro lado, la aristocracia, según el mismo historiador, significa justicia, prudencia y virtud, articulando sus redes a través de la esfera social y supervisando la reproducción y circulación del poder imperial. La democracia, en este contexto, organiza la multitud según esquemas de representación y el pueblo aparece amalgamado bajo la férula del régimen. El régimen debe satisfacer las necesidades del pueblo garantizando disciplina y redistribución. Aquí no sabemos si Polibio se está refiriendo a Roma o al mundo contemporáneo.

Para Hardt y Negri, el Imperio moderno está constituido por un equilibrio funcional entre las tres formas de poder tomando como antecedente la experien-

³⁶ ROSTOVITZEFF, Mikhail, *Roma...*, cit., Cap. XXV, p. 262.

cia romana. Una unidad monárquica del poder con su monopolio mundial de la fuerza. Atribuciones aristocráticas asumidas por las empresas transnacionales y por los Estados-nación. La representación democrática que se presenta a través de los Estados-nación, Organizaciones No Gubernamentales, organizaciones de mediación y otros organismos "populares" como bien pueden serlo los movimientos antiglobalización.

"Todos los elementos de esta Constitución mezclada aparecen efectivamente, a primera vista a través de una lente deformante. La monarquía, en lugar de fundar la legitimidad y la condición trascendente de la unidad del poder, es presentada como una fuerza mundial de policía, es decir una forma de tiranía. La aristocracia transnacional, por su lado, aparece prefiriendo la especulación financiera a las virtudes empresariales configurándose como una oligarquía parasitaria. Finalmente, las fuerzas democráticas que deberían constituir, en este contexto, el elemento activo y abierto de la maquinaria imperial, aparecen preferentemente como fuerzas corporativas, verdadero conjunto de supersticiones y fundamentalismos, evidenciando un espíritu conservador cuando no francamente reaccionario"³⁷. Interesante capacidad de análisis la de H&N que, desde el Norte rico, desarrollado, opulento y soberbio, pueden calificar a los movimientos de resistencia a este estado de cosas de acuerdo con parámetros y categorías que ellos mismos establecen. En este aspecto la historia romana nos es útil, pues allí también la resistencia fue caótica, desprolija y desordenada. Según estos autores, la monarquía imperial posmoderna busca asegurarse el control del mercado mundial garantizando la circulación de bienes, tecnologías y mano de obra. En este último aspecto, el de la mano de obra, el esfuerzo de la monarquía no trata de facilitar la circulación sino, más bien, impedirla, a través de políticas declaradamente xenófobas o bien a través de controles migratorios cada vez más estrictos.

Se dice también que esta monarquía imperial no se encuentra en un lugar separado y aislado, no cuenta con una Roma moderna. El cuerpo monárquico, de esta manera, aparece como algo multiforme y diseminado en el espacio, las funciones aristocráticas tienden a mezclarse con las funciones monárquicas. Desde este punto de vista, al no existir una Roma moderna, el poder en este mundo globalizado carecería de un rostro definido y de un centro establecido y reconocido. Esto es parcialmente cierto. Pero también es cierto que los que detentan este poder son personajes de carne y hueso con sentimientos e intereses bien definidos. Son gobiernos o empresas transnacionales que no vacilan en aplicar la coerción cuando sus intereses no están representados en la forma que ellos creen que deberían estarlo. Una parte de la verdad es la inexistencia de una Roma moderna, sin embargo, Washington se parece cada vez más a Roma y de allí nuestro énfasis en efectuar un estudio comparado entre el Imperio romano y la actualidad imperial.

³⁷ HARDT, Michael & NEGRI, Antonio, *Empire, Exils*, Paris, 2001, p. 384.

Las legiones, en cada etapa de su progresión en Occidente, eran conducidas con un criterio tal como para tener una moral más elevada que la de sus adversarios bárbaros. El sistema de comando podía asimilarse a un populismo. También, la legión conservaba calidades del campesinado y, además de combatir, construía campos, acueductos y puentes. "En Occidente nada puede reemplazar a la legión, ciudad de seis mil hombres en marcha encargados de trabajos de infraestructura como de tareas propiamente militares"³⁸. La legión no era únicamente un instrumento de los ciudadanos romanos sino una fábrica de ciudadanos romanos.

Como se ha visto en otra parte de este trabajo, la legión se fue transformando en la religión de Roma unida a la figura del Emperador. A partir de la extensión del Imperio, la legión continuó siendo la religión de Roma, pero también la religión de los pueblos conquistados cuyos miembros se incorporaban al Ejército.

"El Imperio romano renace cada vez según formas diferentes porque él debe, antes de continuar su expansión (y particularmente antes de pasar del nivel de organización de la ciudad al otro del Estado regional y universal) aceptar la diferencia de los pueblos que debe someter asimilándolos. Aparente paradoja: el instrumento de aceptación de la diferencia socio-cultural es precisamente la maquinaria uniformizadora del sistema militar, es decir la legión como núcleo y sus auxiliares federales como periferia. La uniformidad de los soldados es paralela a la uniformidad jurídica de la condición de esclavo. Roma gestiona en una escala inmensa esta paradoja que quiere que la esclavitud absoluta se desarrolle al mismo tiempo que la libertad absoluta de los ciudadanos iguales bajo bandera. Este militarismo uniformizador tiene por contrapartida una gran flexibilidad en los criterios religiosos, económicos y políticos. Es así que el criterio militar suplanta al criterio religioso en la reproducción de lo político, la legión es la verdadera religión de los romanos"³⁹.

El centurión romano, por otro lado, aparece como un protagonista importante en el anecdotario cristiano. El soldado romano de carrera, como el esclavo, se encontraba sometido a una férrea disciplina, el hecho de pasar de cuartel en cuartel, de unidad en unidad, le producía un desarraigo importante puesto que su misión consistía en desplazarse por todo el Imperio. Por ello, desde el siglo I se hizo sentir en el Ejército la necesidad de un Dios universal, en un Ejército que desempeñaba el papel de religión del Imperio.

El control imperial opera hoy a través de la intermediación de tres medios mundiales y absolutos: la bomba atómica de la monarquía; el dinero de la aristocracia; y las comunicaciones de la democracia. La bomba marca en buena medida el apogeo del Imperio, ya que permite aniquilar la vida haciendo realidad el concepto de guerra absoluta de Clausewitz, instala un nuevo horizonte metafísico

³⁸ JOXE, Alain, *Voyage aux sources de la guerre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, p. 237.

³⁹ JOXE, Alain, *Voyage...*, p. 239.

y permite a la monarquía la confiscación de las armas de la multitud. La bomba reduce cualquier guerra al nivel de un conflicto limitado y transforma a éste en una operación de policía cuya finalidad es mantener la fragmentación de los territorios productores. Irak, Asia central y Afganistán constituyen un buen ejemplo de lo afirmado.

Por ejemplo, no puede obviarse que a partir del 11 de septiembre de 2002 se ha producido en los Estados Unidos una verdadera concentración del poder en materia de seguridad y defensa que puede terminar en formas peligrosamente antidemocráticas de gobierno. Sólo un fuerte contrapeso político —por ahora lejano— puede equilibrar esta tendencia. Así lo propone el Ejecutivo norteamericano en el documento “Presentación de los Estados Unidos de América: Nuevas amenazas a la seguridad regional. Retos para el Sistema Interamericano”, presentado ante la Conferencia de Ministros de las Américas realizada en noviembre de 2002 en Santiago de Chile: “El Departamento de Defensa ha revisado el Plan Unificado de mando de los Estados Unidos (*Unified Command Plan*), que rige la organización y disposición de todas nuestras fuerzas y comandos para dirigir este imperativo. Se ha creado una nueva estructura: el Comando Norte de los Estados Unidos (Northcom). El comandante de esta estructura tiene la responsabilidad de defender el territorio nacional de los Estados Unidos, tiene autoridad sobre las fuerzas de los EE.UU. que operan dentro de los Estados Unidos, y apoya a las autoridades civiles en caso de ataque o desastre natural. Este ‘comandante combatiente’ también funge como jefe del Comando de Defensa de los Espacios Aéreos de Norte América (*North American Aerospace Defence Command*), una asociación entre los Estados Unidos y Canadá”.

“Esta responsabilidad de proteger nuestro territorio nacional va más allá del Departamento de Defensa, pues la estrategia de seguridad de los Estados Unidos no abarca únicamente a nuestras fuerzas militares. El pueblo de los EE.UU. en este momento pasa por una discusión nutrida sobre la mejor manera de reconfigurar la administración de su gobierno para enfrentar a este reto, mediante la creación de un Departamento de Seguridad de la Patria”.

“Este esfuerzo abarca una constelación de agencias: desde los ministerios de Energía, Transporte y Justicia, hasta la Agencia Central de Inteligencia y el Buró Federal de Investigaciones, los departamentos y agencias federales, gobiernos estatales y locales, el sector privado y los ciudadanos individuales están trabajando con una estrechez sin precedentes, en redes y sistemas cada vez más integrados, al nivel estratégico, operacional y táctico”. Debo aclarar que la transcripción de estos documentos es textual.

Ni el Imperio es híbrido como piensan Hardt y Negri, ni existe un *non lieu* desde donde se ejercen las funciones de control híbridas. Más arriba sosteníamos que Washington cada vez más intenta asemejarse a Roma y, desgraciadamente, los atentados del 11 de septiembre de 2001 demostraron, por la negativa, que existe un *lieu* del poder imperial.

He desarrollado en esta parte del trabajo un somero análisis del Imperio romano porque entiendo que la comparación con la actualidad facilita la comprensión del mundo moderno. Es obvio que las situaciones y los escenarios no son los mismos. Lo que sí puede observarse son comportamientos humanos, reacciones y respuestas parecidas con una diferencia de dos mil años entre un período y otro.

Cayo Salustio Crispo, historiador romano que escribió *La conjuración de Catilina* allá por el año 45 antes de Cristo, refiere: "Pero cuando la república creció gracias al trabajo y a la justicia, y fueron sometidos por la guerra reyes poderosos y doblegadas por la fuerza naciones salvajes y pueblos ingentes, cuando Cartago, rival del poder romano, fue destruida hasta sus cimientos y todos los mares y tierras le estaban abiertos, la fortuna empezó a mostrarse cruel y confundirlo todo. El ocio y las riquezas, deseables en otro tiempo, se convirtieron en lastre y desgracia para quienes habían soportado fácilmente trabajos, peligros y situaciones dudosas y difíciles. Creció primero la avaricia de dinero, después la de poder. Ésta fue, por así decirlo, la fuente de todos los males. Pues la avaricia destruyó la lealtad, la honradez y las demás virtudes y en su lugar enseñó la soberbia, la crueldad, a desentenderse de los dioses y a considerar todo venal. La ambición forzó a muchos hombres a hacerse falsos, a tener una cosa guardada en el corazón y otra dispuesta en la boca, a estimar amistades y enemistades no por sí mismas sino por el interés y a tener más hermoso el rostro que el espíritu. Al principio estos vicios crecían poco a poco y se castigaban algunas veces. Después, cuando el contagio se extendió como una peste, la ciudad se transformó, y el poder, de ser el más justo y el mejor se convirtió en cruel e intolerable"⁴⁰. Vale entonces aquello que anunciaba en los años ochenta el profesor Bernard al sostener que, aunque la ciencia y la tecnología conocen desarrollos extraordinarios que facilitan la vida de los hombres, la condición humana no ha cambiado demasiado desde Platón y Aristóteles, las pasiones, emociones y ansias de poder siguen siendo bastante similares muy a pesar del paso del tiempo.

El Imperio romano, como ha sido expuesto, basó su legitimidad en la figura del Emperador y en la fuerza de las legiones que encarnaron una cierta religiosidad.

La decadencia de Roma comienza cuando la figura del Emperador pierde legitimidad y, sobre todo, cuando otros intereses empiezan a manifestarse en el mundo antiguo. La humanidad creció cuando el poder se hallaba fragmentado y la historia demuestra que cualquier concentración excesiva de éste acarrea atraso, dificulta el progreso general y termina derrumbándose inexorablemente. El cristianismo señaló el inicio de la caída del Imperio romano pues le dio a los seres humanos una nueva razón y trascendencia a sus vidas. El Emperador, figura emblemática que había adquirido ribetes míticos, pasó a ser un hombre más, falible, que no garantizaba el más allá de la angustia existencial básica de Hegel. No en

⁴⁰ SALUSTIO, *La conjuración de Catilina*, Biblioteca temática, Alianza, Madrid, 1988.

vano, los primeros cristianos tuvieron sus seguidores en las legiones —que vivían el riesgo de muerte de manera permanente— y el centurión, como bien lo describe Alain Joxe, devino un personaje importante en el anecdotario cristiano.

Considerando la evolución del Imperio, nos dice Jean-Marie Engel⁴¹: “Evolución en las relaciones con los pueblos bárbaros, más agresivos y más poderosos, que llevan al Imperio a perder el control de la política exterior. La paz romana aparece así amenazada por tentativas de invasión. Partos, caledonios, moros, alamanes, francos esperando a los godos y a los persas sasánidas. Los emperadores deben preocuparse cada vez más por sus deberes militares. Evolución política que sigue: el Imperio severino se ‘militariza’, es decir, deviene más brutal, renuncia al entendimiento con el Senado cuyo rol político cae rápidamente, se apoya sobre los legionarios, en este caso los centuriones son fácilmente admitidos entre los caballeros los cuales se transforman en administradores privilegiados. Paralelamente el Emperador autoritario se transforma en un personaje sagrado y se rodea de una corte oficial, donde se elabora —entre los juristas de su Consejo, los cortesanos favoritos y las mujeres— la política interna”.

Hoy el mercado, el consumo y el individualismo a ultranza aparecen como la religión, como los valores esenciales de este Imperio moderno. ¿Alcanza esto para darle un sentido trascendente a la vida de miles de millones de seres que ven día a día empeorar su situación y cada vez tienen menos esperanza en un futuro mejor? ¿Se puede considerar que las tropas de los EE.UU. o la OTAN están en condiciones de representar una nueva religión del Imperio como ocurrió en los primeros siglos de nuestra era con el ejército romano permitiéndole una fuerte legitimación de su accionar?

La imagen del Emperador pierde fuerza cuando éste deviene algo terrenal, mortal, un hombre como cualquier otro. El mercado y el consumo no dan una respuesta trascendente al fin último de la existencia humana menos aún cuando sus beneficios no llegan a todos por igual. El monarca, en este caso identificado con la moderna figura del presidente de los Estados Unidos, representa cada vez más los intereses particulares de los sectores de poder de una hiperpotencia y deja a un lado los valores trascendentes —aunque declare cotidianamente su devoción religiosa— que en otras épocas de la historia dieron sentido y vitalidad al pueblo norteamericano.

Resulta interesante aquí notar lo que dice William A. Hay acerca del “Imperio hoy”: “Los estadounidenses se resisten a pensar en los EE.UU. como un imperio, debido a las connotaciones negativas de esa palabra y al hecho de que su país fue fundado en una guerra de independencia anticolonial. De todos modos, gran parte del mundo piensa eso de la única superpotencia que ha sobrevivido justamente con ese término. Las protestas callejeras contra la globalización podrían ser comprendidas mejor como rechazo al ascenso post guerra fría de EE.UU., protestas

⁴¹ ENGEL, Jean-Marie, *L'Empire romain*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973, p. 122.

llevadas a cabo por gente que, por otro lado, se siente atraída por muchos aspectos de la vida estadounidense. Si un Imperio es un sistema de influencia sostenida por riquezas, poder militar y atractivo cultural, los EE.UU. no pueden ser discutidos hoy como otra cosa que un Imperio. Los intereses globales generan responsabilidades globales que plantean la cuestión de cómo honrarlas”.

“Una lección clave de los imperios del pasado es que la cualidad del gobernante importa más que la riqueza o el poder militar. Los realistas pragmáticos, adeptos a utilizar la influencia de sus países, han sido generalmente exitosos en asegurar intereses vitales en el exterior a un costo razonable. El espíritu de cruzada en la historia norteamericana que Walter McDougall e Irving Babbitt identificaron como ‘*mellorism global*’ e ‘intención de servicio’, son tentaciones arrogantes bien presentadas, junto con la falacia de que la distancia y la riqueza minimizan para los EE.UU. las amenazas desde el exterior. Los líderes estadounidenses deberían asegurar y priorizar intereses nacionales concretos a través de influencias indirectas allí donde sea posible, o a través del control directo si así fuera necesario. El actual conflicto contra el terrorismo demanda un cuidadoso uso de la diplomacia como fuerza multiplicadora. El debate acerca de si los EE.UU. deben favorecer aproximaciones multilaterales o actuar unilateralmente, pone a un costado el tema central de que la discusión principal debería darse sobre políticas que aseguran los intereses norteamericanos al menor costo. Las posiciones doctrinarias en torno a esta cuestión dificultan la flexibilidad de análisis que las cambiantes circunstancias demandan en estos días. Las fuerzas militares deben ser flexibles al proyectar el poder hacia el exterior para enfrentar contingencias no previstas desde el fin de la guerra fría hasta hoy. Si las amenazas a la estabilidad deben ser contenidas, la política oficial y la opinión pública estadounidense deben focalizarse en una aproximación realista a la anarquía de la política internacional, lo que puede ser una alternativa al idealismo incontrolado y a las esporádicas y erráticas intervenciones de los noventa”.

Conocido esto, corresponde preguntarse si diversos movimientos religiosos en el mundo, y en particular el Islam, no desempeñan en la actualidad el papel que los cristianos desempeñaron ante el Imperio romano. Si hoy no está vigente la secuencia hegeliana de la tesis-antítesis-síntesis, para observar que, frente a un mundo imperial materialista con un ser social definido (tesis), no surge una antítesis, una conciencia universal expresada en valores religiosos, nacionales o grupales y/o comunitarios. Concluyendo finalmente en una síntesis superadora sin Imperio y más diversidad y tolerancia de la diferencia.

III. EL MUNDO ACTUAL

Desde tiempos inmemoriales, las comunidades humanas han tendido naturalmente a organizarse en torno a un poder concentrado o se fragmentaron en

una miríada de zonas independientes. En movimiento de diástole y sístole que la dialéctica ayuda a explicar y a comprender.

Hoy nos encontramos frente a una realidad en la cual predomina el movimiento hacia la concentración, con un esquema unipolar desde el punto de vista militar y los Estados Unidos como centro del mismo. Por ello me permití la comparación con el Imperio romano como antecedente más importante y significativo de la materia en estudio.

Este esquema global presenta una tendencia hacia la multipolaridad desde un enfoque político y económico. Algunos analistas ven en China a la gran potencia emergente de las próximas décadas que, inevitablemente, rivalizará con los Estados Unidos por "fatalidad de posición" como decía Raymond Aron. El actual escenario de Afganistán se desenvuelve en una región donde confluyen las civilizaciones eslava, musulmana, india y china, por esta razón resulta pertinente pensar que en Asia central se está jugando en estos tiempos el futuro de la humanidad. En la tendencia hacia la multipolaridad, hoy podemos prever la consolidación a futuro de un polo europeo con Alemania y Francia como pivotes centrales (¿quizás Rusia?), China e India en Asia y una esfera latinoamericana que buscará mayores márgenes de autonomía frente a Washington.

Lo que enterró el fin del comunismo en los noventa fue un mundo de certezas, instalándose la incertidumbre y la angustia generalizadas acerca del futuro. Un inventario aproximado de los sucesos acaecidos después de aquel tiempo nos muestra el Golfo Pérsico en 1990-1991, Bosnia, Kosovo, Ruanda, Congo, Argelia, Chechenia, Colombia, Medio Oriente, India-Paquistán, Afganistán, 11 de septiembre, etc.

El conflicto, choque de voluntades en procura de un derecho objetivo, no desapareció como creía Francis Fukuyama porque las voluntades siguen allí, presentes, manifestando intereses particulares de todo tipo y adquiriendo en algunos casos un nivel de belicosidad inusitado. Podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que la década transcurrida no sólo no ha visto desaparecer la violencia en las relaciones internacionales sino que ésta se ha incrementado con una exacerbación general de las pasiones humanas.

El predominio de la violencia armada en el Sur no debe hacernos creer que se trataría de una especie de "salvajismo cultural": es la consecuencia de una estrategia de espacialización de la violencia de los países dominantes, países que expulsan hacia el sur las causas más fuertes del conflicto armado. Esto es lo que los países del Norte no supieron hacer durante las dos guerras mundiales del siglo XX. Algunos analistas asignan causas históricas a los hechos violentos que hoy vivimos y es en parte cierto. Sin embargo, debemos reconocer que las guerras actuales comprenden causas políticas y sociológicas muy modernas y es a partir de este enfoque que resultará posible definir responsabilidades y prever las medidas de prevención políticas.

La esencia del Estado y también del Imperio, es decir del Estado que busca la monarquía universal, ha sido siempre la protección contra la guerra, como fue

demostrado en el caso de Roma. Protección que el soberano debe a los ciudadanos y a los aliados, más aún si el soberano es el pueblo como es el caso actual de la República imperial norteamericana.

Dice Alain Joxe: "Pero los Estados Unidos, como Imperio, hoy rechazan asumir la función protectora de sus auxiliares amigos o sometidos. No buscan conquistar el mundo y, en consecuencia, asumir la responsabilidad sobre las sociedades sometidas. Ellos son la cabeza de un Imperio, pero se trata de un sistema que se consagra únicamente a regular el desorden a través de normas financieras y a través de expediciones militares, sin tener como proyecto permanecer sobre un terreno conquistado. Organizan sobre la marcha y de contragolpe la represión de los síntomas de la desesperanza"⁴².

Los recientes sucesos en Afganistán y las bases norteamericanas en Arabia Saudita y Medio Oriente, sin anularlo totalmente relativizan parcialmente este juicio de Joxe. En el caso particular de Asia central, la permanencia de tropas de los Estados Unidos obedecería a la necesidad de controlar el petróleo y las rutas del petróleo provenientes de las ex repúblicas soviéticas de esta región, que normalmente deberán volcar su producción sobre el Mar Negro pasando por Georgia y eventualmente Turquía, o sobre el Océano Índico pasando por Afganistán y Paquistán. Los Estados Unidos, asimilados al esquema geopolítico de Mackinder, asumen principalmente la posición de "potencia de flujo", es decir, el poder que garantiza que los flujos mundiales, sean de cualquier tipo o naturaleza deben permanecer abiertos y funcionando, sin embargo, esto no es un obstáculo para que, en determinados lugares, consagrados como de "interés vital" para Washington, se puedan establecer contingentes militares en una suerte de versión moderna del *limes* de Diocleciano.

Nos preguntamos si el poder de los EE.UU. es ante todo económico o bien militar, y en qué proporción uno actúa sobre el otro y cómo se articulan. En síntesis, cuál es la definición de la dominación política mundial que ellos han puesto a funcionar bajo el nombre de "globalización" y que conduce a la acentuación de las diferencias entre ricos y pobres, a la aparición de una "casta noble" internacional sin raíces y a la acumulación de guerras sin final. Una pista interesante al respecto la da la *Anatol Lieven del Carnegie Endowment* de Washington DC cuando dice: "...promovido de manera permanente después del hundimiento de la URSS a principio de los noventa por un grupo de intelectuales cercanos a Dick Cheney y a Richard Perle, el plan de la administración Bush apunta a la dominación unilateral del mundo a través de la superioridad militar absoluta"⁴³.

Nos preguntamos si la futura misión de las fuerzas armadas de las naciones periféricas consistirá en asumir el papel de las tropas de frontera (*limitanei*) del

⁴² JOXE, Alain. *L'Empire du chaos*, La Decouverte, Paris, 2002, p. 10.

⁴³ LIEVEN, Anatol, citado en *Le Monde Diplomatique*, marzo 2003, nro. 588, p. 16.

Imperio romano, contra los bárbaros, asegurando un escudo protector avanzado a los contingentes móviles (*comitatenses*) norteamericanos.

Una contradicción importante se le plantea a Washington entre la necesidad de asumir un rol imperial por un lado y una base político-ideológica de libertad y pluralismo por el otro. Recordemos al pasar la evolución del Imperio romano desde la República a la figura del Emperador mediante una acción en la cual las instituciones de la primera continuaron formalmente existiendo al mismo tiempo que se afianzaba el control absoluto del poder por parte del segundo. Habría que considerar también la eventualidad de un pueblo galvanizado por el martilleo incesante de los medios masivos de comunicación y un presidente de los Estados Unidos ejerciendo arbitrariamente poderes imperiales hacia el resto del mundo.

Francesco Sisci, del diario *Asia Times*, publicó entre los días 16, 17 y 18 de octubre de 2002 una interesante serie de notas a través de las cuales analiza esta situación. "El término 'hegemonismo' se ha transformado recientemente en una forma de definir la política exterior de los Estados Unidos. Unilateralmente, con el objetivo de proteger sus intereses nacionales, se ha dicho que los EE.UU. están dispuestos a pararse sobre la cabeza de cualquiera para alcanzar y mantener su primacía en el mundo".

"Los Estados Unidos, a pesar de ser también un imperio, no pueden abordar los modos de Roma. No pueden resistir el odio de otra gente y hasta resiente el hecho de que su política exterior sea rotulada como 'hegemónica'. La fuerza, aunque a veces sea necesaria, debe ser utilizada en última instancia. La persuasión, ganar el corazón de los potenciales enemigos, debe preferirse a aterrorizar el corazón de la gente. Pero esta preferencia política no ha sido tan eficaz o no ha sido lo suficientemente bien implementada".

"Ahora los Estados Unidos no pueden actuar sin sus ideales de libertad y democracia, que deben ser no ya nacionales sino globales y que remiten a las raíces cristianas. Los EE.UU. nacieron de una revolución y esas ideas formaron su manera de pensar, arraigadas mucho más profundamente que las del Imperio soviético donde los ideales comunistas fueron impuestos frecuentemente sin clemencia alguna".

"La posición de los Estados Unidos es en muchos aspectos peor que la de los británicos. Los británicos querían un Imperio y clamaban por su derecho a la colonización. Los norteamericanos no piensan así. Combatieron y desafiaron a dos enemigos diabólicos en el mundo: fascismo y comunismo. Estas dos victorias no les otorgaron un imperio, pero le dieron al mundo la oportunidad de libertad y democracia. La cuestión es, ¿qué ocurre si un país no desea la libertad y la democracia? La simple respuesta en los EE.UU. podría ser: este país debe ser fascista o comunista"⁴⁴.

⁴⁴ Sisci, Francesco, *The American Empire*, publicado en *Asia Times*, Beijing, China, 16 de octubre de 2002.

Así aparece claramente expuesta la concepción del pensamiento único que no es otra cosa que la declaración del presidente Bush cuando después del 11 de septiembre amenazó "se está con nosotros o contra nosotros", haciendo tabla rasa de visiones, tradiciones y creencias que pueden ser distintas sin por ello constituirse en antagónicas.

El filósofo francés Jean Baudrillard destaca: "Para la potencia mundial, tan integrista como la ortodoxia religiosa, todas las formas diferentes y singulares son herejías. En este punto, éstas están destinadas a entrar por las buenas o por las malas en el orden mundial, o a desaparecer. La misión de Occidente (o más bien del ex Occidente porque desde hace tiempo está falto de valores) es de someter a través de cualquier medio las diversas culturas a la feroz ley de la equivalencia. Una cultura que perdió sus valores no puede vengarse contra otras culturas. Aun las guerras —también la de Afganistán— tratan ante todo, más allá de las estrategias políticas y económicas, de normalizar el salvajismo, de obligar al alineamiento de todos los territorios. El objetivo es reducir cualquier área refractaria, colonizar y domesticar todos los espacios salvajes, ya sea en el espacio geográfico como en el universo mental".

"Lo peor para la potencia mundial no es verse agredida o destruida, lo peor es verse humillada. Y ella fue humillada el 11 de septiembre, porque los terroristas le infligieron algo que ésta no puede devolver. Todas las represalias no dejan de ser un aparato de retorsión físico, por otro lado ésta fue deshecha simbólicamente. La guerra responde a la agresión, pero no al desafío. El desafío no puede ser respondido si no se humilla al otro (no aniquilándolo con bombas o encerrándolo como perros en Guantánamo)" ⁴⁵.

Este punto de vista va en la dirección ya señalada en este trabajo acerca de la necesidad de encontrar valores superiores a los que hoy pueden ofrecer otras culturas y de los cuales Occidente carece ante una oferta restringida basada en el consumo, el sálvese quien pueda, el individualismo a ultranza, etc. El cristianismo pudo con Roma cuando ofreció un conjunto de valores trascendentes que le quitaron al Emperador la sustancia ideológica fundacional y fundamental.

Volvamos al editorialista de *Asia Times*: "Desafortunadamente las ideologías arrogantes terminan en intereses egoístas. Para combatir el fascismo e imponer la democracia en Europa y Asia, los Estados Unidos necesitaron más que una ideología superior, necesitaron fuerza. De hecho, necesitaron una enorme fuerza militar que no sólo ayudó a los ideales estadounidenses, sino también a los más terrenales intereses de la nación norteamericana y sus compañías. La confusión entre los dos aspectos es tan interna que muchos en los EE.UU. creen que los ideales estadounidenses coinciden con los intereses de las compañías estadounidenses. En consecuencia es imposible convencer a un país más débil, digamos en Asia, que a fin de implementar la libertad y la democracia debe abrir sus mercados

⁴⁵ BAUDRILLARD, Jean, "La violence de la mondialisation", *Le Monde Diplomatique*, nro. 584, noviembre de 2002, p. 18.

y dejar a sus frágiles y nacientes compañías entrar en competencia con compañías más fuertes de EE.UU. que utilizan su posición de dominio del mercado mundial”⁴⁶.

“Actualmente un vacío político sin los Estados Unidos podría ser peligroso, tanto para los países desarrollados como para aquellos en vías de desarrollo o subdesarrollados. El temor es: ¿puede un país con tan inmenso poderío militar restringirse a sí mismo?, ¿no podría un general desequilibrado tomar el poder y producir un holocausto nuclear?, ¿podría desequilibrarse el presidente y llevar al mundo al fin unilateralmente?”⁴⁷.

Luego de considerar lo que fue la disuasión en épocas de la bipolaridad y subrayando muy especialmente la importancia que tenía en aquellos tiempos el hecho de que las potencias enfrentadas respetaban códigos comunes de convivencia, cosa que hoy no ocurre ante la emergencia de nuevos perturbadores del sistema internacional, el documento de George W. Bush, página veinticuatro, plantea en materia de estrategia para el nuevo escenario: “Los Estados Unidos desde hace tiempo están a favor de una reacción anticipada cuando se trata de responder a una amenaza que afecta a la seguridad nacional. Más grave es la amenaza, más grande es el riesgo de inacción y más importante es tomar medidas de prevención para asegurar nuestra defensa, aun si pueden subsistir dudas acerca del momento y el lugar de un ataque enemigo. Para impedir o prevenir que tales actos puedan ser perpetrados, los EE.UU. se reservan la posibilidad, llegado el caso, de actuar anticipadamente”.

En los tiempos que corren, sin embargo, la aproximación estratégica debe ser remozada. Desde los orígenes de la historia humana, ésta buscó racionalmente las representaciones y las acciones de los Estados en interacción violenta. El sistema único de *leadership* que hoy existe, imponiendo sus normas en un mundo considerado como caos semialeatorio, plantea problemas de jerarquización o de victoria formalmente diferentes de los que surgen de la libre competencia entre Estados, regulados por la costumbre como fuente del derecho o por Tratados internacionales.

El *leadership* imperial transnacional exige la persistencia de aquello que las tradiciones estaduales denominan desorden, rechazándolo a los confines del Imperio. En la actualidad, los límites del sistema imperial han perdido parte —no toda— de su significación geográfica y el desorden está en todos lados.

Como consecuencia de los avances registrados en materia de comunicaciones, satélites, medios aéreos, informática, etc., la geografía aparece devaluada en las consideraciones de la ciencia política, la economía, la estrategia y las relaciones internacionales. Sin embargo, palestinos e israelíes combaten encarnizadamente por metros de tierra, tropas estadounidenses intentan hallar a Ben Laden en Afganistán, indios y paquistaníes han estado al borde de una confrontación

⁴⁶ Sisci, Francesco, “The American...”, cit., 17 de octubre de 2002.

⁴⁷ Sisci, Francesco, “The American...”, cit., 18 de octubre de 2002.

nuclear por la ocupación de Cachemira, en fin, el diario *New York Times* insinúa una posible escisión de la Patagonia y Brasil manifiesta su inquietud cada vez que se habla del futuro de la región amazónica. El territorio, entonces, no ha perdido su importancia ni su peso en la resolución de los conflictos que, como en otras épocas de la historia humana, se resuelven para bien o para mal cuando hombres de carne y hueso ponen su pie en el terreno, controlan la población y establecen su autoridad sobre una entidad determinada.

La estrategia norteamericana en este contexto aparece definida en el documento ya citado *La seguridad nacional de los Estados Unidos*: "Llegó la hora de reafirmar el rol esencial de las fuerzas militares norteamericanas. Debemos construir y mantener los medios de defensa de manera que éstos sean inigualables. Nuestra prioridad militar mayor es defender los EE.UU. Por otro lado, las amenazas y los enemigos que afrontamos cambiaron y debemos adaptar en consecuencia nuestras fuerzas. La presencia de fuerzas norteamericanas en el extranjero es uno de los símbolos más fuertes del compromiso de los EE.UU. hacia sus aliados y amigos. Para hacer frente a las incertidumbres y para concretar las diferentes misiones que nos esperan, Norteamérica tendrá necesidad de bases y acantonamientos en Europa occidental, en el Noreste asiático y más allá: será necesario también negociar acuerdos de acceso temporario para el despliegue a gran distancia de sus tropas".

"Las innovaciones pasarán por la experimentación de nuevas tácticas, el refuerzo de las operaciones comunes, una mejor explotación de los servicios de inteligencia y la puesta en funcionamiento de los avances más recientes de la ciencia y la tecnología".

"Debemos transformar el tratamiento de las informaciones provistas por nuestros servicios secretos y adaptarlas a la nueva naturaleza de la amenaza. Nuestros servicios de inteligencia deben estar integrados a nuestros sistemas de defensa y funcionar junto a los de nuestros aliados y amigos"⁴⁸.

Esto abre necesariamente una reflexión acerca de las guerras del futuro, acerca de si éstas tendrán lugar con el empleo de sistemas de armas altamente avanzados y sofisticados, en un escenario poblado por grandes unidades de batalla, o si serán la expresión de combates cuerpo a cuerpo entre tropas regulares y/o irregulares por el control de una situación. En relación a ello, la visión sobre este asunto que se tiene en la Secretaría de Defensa de los Estados Unidos plantea: "Desde luego, aunque la transformación (de las Fuerzas Armadas) requiere producir nuevas capacidades y ampliar los arsenales, también implica reducir la existencia de armas innecesarias. Así como el país ya no necesita una fuerza pesada y masiva para hacer frente a una invasión de tanques soviéticos, tampoco necesita los muchos miles de ojivas nucleares que se acumularon durante la Guerra Fría

⁴⁸ BUSH, George W., "Seguridad nacional:...", cit., p. 36.

para disuadir a la Unión Soviética de un ataque nuclear. En aquel entonces, la seguridad de EE.UU. dependía de una fuerza nuclear lo suficientemente grande y variada como para sobrevivir y tomar represalias ante un primer ataque soviético. Hoy, nuestros adversarios han cambiado y lo mismo ocurre con el cálculo de disuasión. Es obvio que los terroristas que atacaron el 11 de septiembre no fueron disuadidos por el enorme arsenal nuclear estadounidense. Necesitamos nuevas maneras de disuadir a nuevos enemigos. Es por ello que el presidente Bush está adoptando una perspectiva alterna en materia de disuasión, que combina una fuerte reducción de las fuerzas nucleares ofensivas y mejora en las capacidades convencionales y en los sistemas de defensa antimisiles que puedan proteger a Estados Unidos y a sus amigos, fuerzas y aliados contra un ataque limitado con misiles”.

“Asimismo, conforme reducimos el número de armas de nuestro arsenal nuclear, también debemos remodelarlo mediante el desarrollo de nuevos sistemas ofensivos y defensivos convencionales, más apropiados para contener a los enemigos potenciales que enfrentamos. Y debemos garantizar la seguridad y confiabilidad de nuestras armas nucleares”⁴⁹.

El mundo actual se halla unido por una nueva forma de caos, desde el momento en que este caos es imperial, dominado por el *imperium* de los Estados Unidos, pero no dirigido por él. Faltan palabras y sobran imágenes para describir este sistema nuevo.

Los Estados Unidos se proponen imponer un mundo a su imagen, no tratándose de un mundo-cosmos sino un mundo unificado por un principio de desorden, moderado por el juego simple de las relaciones de fuerzas que no tiene nada que ver, como bien sostiene Joxe, “con un jardín francés” prolijo y ordenado.

El documento sobre seguridad nacional de George W. Bush, dice refiriéndose al post 11 de septiembre: “Finalmente, los EE UU aprovecharán esta oportunidad para extender a lo largo del mundo los beneficios de la libertad. Haremos todo lo que nuestro poder permita para aportar la esperanza de la democracia, del desarrollo del libremercado y del comercio libre en los cuatro puntos cardinales del mundo. Los sucesos del 11 de septiembre de 2001 nos enseñaron que los Estados débiles, como Afganistán, pueden representar para nuestros intereses nacionales un peligro tan importante como los Estados fuertes. La pobreza no transforma a indigentes en terroristas o asesinos. Pero la pobreza, la debilidad de las instituciones y la corrupción pueden exponer a los Estados débiles a acoger dentro de sus fronteras redes terroristas y cartels de la droga”⁵⁰.

⁴⁹ RUMSFELD, Donald, “El futuro de los ejércitos”, publicado en *Archivos del Presente*, no. 28, Foro del Sur. Buenos Aires, cuarto trimestre de 2002, p. 42.

⁵⁰ BUSH, George W., “Seguridad nacional:...” cit., p. 5.

En otro párrafo del documento afirma: "América (los EE.UU.) debe tomar partido y actuar en defensa de las reivindicaciones no negociables de la dignidad humana: la autoridad de la ley; los límites al poder absoluto del Estado; la libertad de expresión; la libertad de cultos; justicia equitativa para todos; la consideración de la mujer; la tolerancia étnica y religiosa; y el respeto de la propiedad privada"⁵¹.

Un "caos" reemplaza desde ahora en forma total y por un largo tiempo al mundo ordenado, maniqueo, de la Guerra Fría. Pero existen a pesar de todo "formas", una morfología dinámica, un núcleo superdesarrollado; zonas se asemejan a constelaciones de grumos de democracia y/o libre mercado, que adoptan la forma de una corona; más lejos, en manchas separadas por membranas institucionales, económicas o militares, flexibles o efímeras, zonas de crisis, con violencias bárbaras ejerciéndose contra basureros sociales, también genocidios; por encima, un sistema de vigilancia que comprende satélites de observación y burocracias que interpretan esas observaciones; también desparramado por todos lados, un sistema represivo, bases y acantonamientos fijos o móviles, coordinados para mantener una logística de intervención militar global; finalmente, sistemas de alianzas y sistemas defensivos bajo comando norteamericano.

Benjamin Barber en su libro *Djihad vs. McWorld* realiza un análisis sumamente interesante en el cual procura demostrar cómo una forma extrema de la globalización: McWorld, se enfrenta a la forma extrema de la religión: Djihad, y los que sufren esto son, en definitiva, los pueblos del mundo.

Allí, este ex asesor de William Clinton y actual profesor en Columbia, describe dos escenarios. Uno, basado en la raza, que ofrece la triste perspectiva de una retribalización de importantes sectores de la humanidad a un precio elevado de guerras y baños de sangre. Escenario amenazado por la balcanización de los Estados-nación y en el cual se enfrentarían cultura contra cultura, pueblo contra pueblo y tribu contra tribu. El otro escenario, pintado en idílicos tonos pastel, aparece definido por movimientos y por fuerzas económicas, tecnológicas y ecológicas que exigen la integración y la uniformización, un futuro que fascinará a los pueblos del mundo entero por su ritmo infernal, trátase de música, computadoras o entretenimientos: MTV, Macintosh y McDonald's. Un futuro, según Barber, que reunirá a todos los países en un vasto y uniforme parque temático mundial, unificado por los intercambios comerciales, las tecnologías de la información y de la comunicación y por un estilo de vida totalmente superficial y frívolo apoyado en la recreación.

Refiriéndose a los extremos citados, observa: "Después de todo, Djihad y McWorld actúan con intensidad parecida pero en sentido contrario, una animada por los odios locales, la otra por el universalismo del mercado, una reconstituyendo antiguas fronteras étnicas, subnacionales, la otra haciendo a las fronteras nacionales permeables desde el exterior. Pero Djihad y McWorld tienen un punto en común: ambas están en guerra contra el Estado-nación soberano y socavan

⁵¹ BUSH, George W., "Seguridad nacional:...", cit., p.9.

sus instituciones democráticas. Desprecian a la sociedad civil y disminuyen a la ciudadanía democrática sin crear, por otro lado, instituciones democráticas alternativas. El punto común es su indiferencia a la libertad civil. Djihad forja comunidades de sangre, fundadas en la exclusión y el odio, que achican la democracia para reemplazarla por un paternalismo tiránico o por un tribalismo consensuado. McWorld forja mercados mundiales basados en el consumo y la ganancia, abandonando a una 'mano invisible', totalmente ficticia, el interés público y el bien común en otras épocas en manos de los ciudadanos y de sus gobiernos democráticos"⁵². Resulta difícil encontrar una mejor descripción que ésta que acabamos de citar.

El caos y la incertidumbre predominan, entonces, en el mundo actual con una manifiesta disposición de los Estados Unidos a convertirse en potencia imperial. Es oportuno recordar a Tito Livio cuando cita al general cartaginés Marhvaal: "*Vincere sces Hannibal, sed uti victoria nescis*" ("Ustedes pueden vencer a Aníbal pero nunca podrán consolidar la victoria").

⁵² BARBER, Benjamin, *Djihad vs. McWorld*, Desclée de Brouwer. Paris, 1996, p. 25.

PROYECTO DE LEY DE IMPLEMENTACIÓN DEL
ACORDO DE ZONA DE LA CORTES SUPLENTE INTERNACIONAL
719 SEMA 0004

DOCUMENTOS

El presente Proyecto de Ley tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de
1994, en virtud de la cual se establecieron las normas para entrar en vigor
el Acuerdo de Zona de la Corte Suprema, firmado el 1 de julio de
1994, entre el Gobierno de la República y el Gobierno de la Unión Europea.

La República de Colombia, en virtud de la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que

La República de Colombia, en virtud de la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que

La República de Colombia, en virtud de la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que

La República de Colombia, en virtud de la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que

La República de Colombia, en virtud de la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que

La República de Colombia, en virtud de la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que
tiene por objeto el acuerdo en la Ley de 17 de julio de 1994, que

PROYECTO DE LEY DE IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. PRESENTACIÓN

Por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ VALONI (h) *

El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado en Roma el 17 de julio de 1998¹. Alcanzó las sesenta ratificaciones necesarias para entrar en vigor el 11 de abril de 2002, por lo que se encuentra en vigencia desde el 1º de julio de 2002. Cuenta actualmente con 90 Estados parte.

La República Argentina firmó el Estatuto el 8 de enero de 1999. Fue aprobado mediante ley 25.390 del 30 de noviembre de 2000, promulgada el día 8 de enero de 2001. El instrumento de ratificación fue depositado ante el secretario general de las Naciones Unidas el 8 de febrero de 2001.

La República Argentina, en consonancia con su política de defensa de la plena vigencia y el respeto irrestricto de los derechos humanos, ha tenido una activa y destacada participación en el proceso de establecimiento de la Corte Penal Internacional, integrando el grupo "Amigos de la Corte" ("*Like minded*"), coalición de países que se creó con el objetivo de acelerar su establecimiento.

Los Estados parte del Estatuto han asumido la obligación de adaptar su legislación interna a su normativa. En efecto, el principio de derecho internacional según el cual los Estados no pueden alegar su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación internacional, tiene como corolario la obligación de adecuar la normativa interna de forma que sea compatible con los tratados internacionales vigentes para el Estado.

Es por ello que los ministerios de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, de Defensa y de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, establecieron una Comisión interministerial para estudiar y adaptar la legislación argentina al Estatuto de Roma (res. conjuntas 930, 2762 y 996 del 29/9/2000).

* Diplomático. Integrante de la delegación argentina a la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2001). Secretario de la Comisión Interministerial de estudio e implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹ El texto del Estatuto fue publicado en esta Revista en un número especial dedicado a la Corte que contiene varios comentarios de doctrina sobre el instrumento (*Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1998, n° I-II).

Esta Comisión fue integrada por funcionarios de esos ministerios que participaron en las distintas etapas negociadoras del proceso de establecimiento de la Corte, así como por penalistas especializados. La Comisión estuvo presidida por el embajador Horacio Basabe, siendo su secretario quien esto escribe, y fue integrada por: Eduardo Bertoni, Alberto Bovino, Mariano Ciafardini, María del Carmen Seoane de Chiodi, Andrés D'Alessio, Silvia Fernández de Gurmendi, Guillermo Fierro, Roberto Moreno y José Reilly.

La Comisión desarrolló sus trabajos en el Palacio San Martín a lo largo del año 2001, arribando al proyecto de ley que se acompaña, el cual –bajo número de de mensaje 2013/02– fue elevado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación el 9 de octubre de 2002, encontrándose a consideración del Senado de la Nación.

Cabe destacar que tareas de índole equivalente a las de la referida Comisión interministerial se han llevado a cabo o se están desarrollando en numerosos países, como parte de una campaña para promover la participación universal y efectiva en la Corte². El proyecto que ahora se publica es el primero en su género en América latina.

² Una discusión más detallada de la implementación del Estatuto puede encontrarse en mi artículo "Hacia el efectivo establecimiento de la Corte Penal Internacional", ED, 28/11/2001, p. 16. En el sitio de la "Coalición para una Corte Penal Internacional" –entidad que nuclea a las diversas organizaciones no gubernamentales que participaron y apoyaron el proceso de creación de la Corte– puede encontrarse un relevamiento actualizado del estado de ratificación e implementación del Estatuto en los distintos países, así como el texto de distintos instrumentos vinculados con el Estatuto (www.iccnw.org).

PROYECTO DE LEY DE IMPLEMENTACIÓN
DEL ESTATUTO DE ROMA

Buenos Aires,

Al honorable Congreso de la Nación:

Tengo el agrado de dirigirme a Vuestra Honorabilidad con el objeto de someter a su consideración un Proyecto de Ley para implementar el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, por el que se crea la Corte Penal Internacional. Este tratado ha entrado en vigor el día 1º de julio de 2002, al haberse alcanzado las sesenta (60) ratificaciones necesarias de conformidad con su artículo 126.

Este importante instrumento de trascendencia histórica fue aprobado por ley 25.390 y ratificado el día 16 de enero de 2001, habiéndose efectuado el depósito del instrumento de ratificación el 8 de febrero de 2001, confirmando de esta manera el firme y constante apoyo de la República Argentina a la creación de un tribunal con carácter general y permanente con competencia para juzgar gravísimos crímenes internacionales.

El Proyecto de Ley que se acompaña fue preparado por una Comisión Interministerial creada por la Resolución Conjunta del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, del Ministerio de Defensa y del entonces Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos 2762, 930 y 996 del 29 de septiembre de 2000. La Comisión estuvo conformada por funcionarios que participaron de las negociaciones durante el proceso de establecimiento de la Corte y por penalistas especializados.

Cabe destacar que en la elaboración del Proyecto se recabó la opinión de las Facultades de Derecho de diversas Universidades del país, del Comité Internacional de la Cruz Roja y de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos nacionales e internacionales. Sus valiosos comentarios y observaciones fueron tomados en cuenta en la redacción de la versión final del Proyecto de Ley.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reposa sobre dos pilares fundamentales, el principio de complementariedad y el régimen de cooperación, que requieren de un necesario apoyo normativo a nivel nacional para poder funcionar. Por ello, la ratificación del Estatuto debe ser acompañada de normas internas de implementación, de manera de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y fortalecer la eficacia de la Corte Penal Internacional, a través de una efectiva vinculación de nuestro país con ese Tribunal. A ello apunta el presente Proyecto que ha sido elaborado a la luz de estos dos aspectos fundamentales del Estatuto. Al redactar el Proyecto, se consideraron asimismo las disposiciones contenidas en dos instrumentos complementarios del Estatuto de Roma y previstos

en éste, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba³, que son de fundamental importancia para la correcta interpretación y debida aplicación de sus disposiciones.

I. PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La Corte Penal Internacional no está llamada a sustituir a los tribunales nacionales sino que deberá intervenir solamente en aquellos casos excepcionales en que, por diversas razones, los Estados no puedan o no estén dispuestos a juzgar a los supuestos responsables de las conductas criminales previstas en el Estatuto de Roma. A fin de poder ejercer plenamente el régimen de complementariedad, los Estados deberán dotarse de normas internas adecuadas que los habiliten para investigar y enjuiciar por sí mismos a los presuntos autores de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

A la luz de nuestro ordenamiento, esto requiere, en primer lugar, contemplar principios de jurisdicción equivalentes a los que habilitan la actuación de la Corte Penal Internacional. En segundo lugar resulta importante receptar los principios de derecho penal sustantivo contenidos en la Parte III del Estatuto de Roma, a fin de asegurar que el juzgamiento de los presuntos responsables en nuestro país pueda realizarse de acuerdo con normas equivalentes a las que guiarán a la Corte Penal Internacional. Finalmente, es necesario tipificar internamente los crímenes de competencia de la Corte.

1. *Ámbito de aplicación de la Ley*

El art. 1º, incs. a) y b) del Proyecto confirma con relación a los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra la aplicación de los principios consagrados en el art. 1º, incs. 1 y 2, del Código Penal. En el Proyecto de Ley, se establecen además principios adicionales en los incs. c) y d) que tienen en cuenta lo dispuesto por el Estatuto de Roma y otros convenios internacionales de los que la República Argentina es parte, incluyendo los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. En efecto, el art. 12 del Estatuto permite que la Corte ejerza su competencia cuando sean partes en el Estatuto o bien el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o bien el Estado de nacionalidad del acusado del

³ Los Elementos de los Crímenes están previstos en el art. 9 del Estatuto de Roma y están contenidos en el Documento de las Naciones Unidas, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (6 de julio de 2000). Las Reglas de Procedimiento y Prueba están previstos en el art. 51 del Estatuto de Roma y están contenidos en el Documento de las Naciones Unidas, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, PCNICC/2000/INF/1/Add.1 (2 de noviembre de 2000).

crimen. Siguiendo similar criterio, el art. 1º, inc. c), del Proyecto prevé el ejercicio de competencia por tribunales nacionales cuando los crímenes hayan sido cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o personas con domicilio en la República Argentina, cuando éstas no hayan sido juzgadas en el extranjero. Ello, para brindar debido resguardo al principio de cosa juzgada previsto en el propio Estatuto en su art. 20. Por último, el art. 1º, inc. d) hace una referencia genérica a la necesidad de aplicar la ley en aquellos casos que los crímenes deban ser perseguidos en la República Argentina, de conformidad con los convenios internacionales de los que la República Argentina sea parte.

Con las disposiciones contenidas en el art. 1º, incs. c) y d), se da cumplimiento y se regula el mandato constitucional contenido en el art. 118 de la Ley Fundamental, según el cual cuando un delito sea cometido fuera del territorio de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

El art. 2º del Proyecto da consagración legislativa al principio "*aut dedere aut iudicare*" aceptado por la República Argentina en numerosos convenios internacionales. Este principio reviste particular importancia con relación a crímenes internacionales de excepcional gravedad como los que se tipifican en el Proyecto a fin de evitar que nuestro país pueda llegar a ser utilizado como albergue de criminales internacionales. La incorporación de este principio en el presente Proyecto obliga a la República Argentina a juzgar a los responsables de estos crímenes que se encuentren en su territorio, cualquiera sea su nacionalidad, en aquellos casos en que no se proceda a su extradición a un tercer país y la entrega de persona no sea solicitada por la Corte Penal Internacional.

Para evitar cualquier duda interpretativa, el art. 3º dispone que la competencia corresponderá a la jurisdicción federal, reafirmandose la jurisdicción militar para aquellos casos en que corresponde según la legislación vigente, en consonancia con lo dispuesto por los art. 108 a 112 del Código de Justicia Militar y el art. 18 del Código Procesal Penal.

2. Principios generales de derecho penal

A fin de asegurar que la República Argentina pueda juzgar a los supuestos responsables de estos crímenes en condiciones equiparables a las de la Corte Penal Internacional resulta necesario receptar aquellos principios generales de derecho penal previstos en la Parte III del Estatuto. A ellos se refiere el Título II de la primera parte del presente Proyecto de Ley.

Los principios generales previstos en el Estatuto de Roma no se encuentran en colisión con los principios básicos que presiden el ordenamiento jurídico argentino. Tampoco difieren en términos generales de los previstos en el Código Penal ni en la manera en que son aplicados en nuestros tribunales o interpretados por la doctrina nacional. De todas maneras, para evitar cualquier posibilidad de

confusión o laguna, se consideró conveniente receptar en forma expresa los principios fundamentales contenidos en la Parte III del Estatuto.

El art. 4° del Código Penal estipula que las disposiciones generales del Código se aplicarán a las figuras previstas en leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario. Se estimó conveniente reflejar esa norma en el art. 4° del Proyecto, para evitar cualquier duda interpretativa.

El art. 5° del Proyecto se basa en el art. 25 del Estatuto, el cual regula las distintas formas de participación criminal, así como la tentativa. Este artículo es concordante con lo dispuesto en los títulos 6 y 7 del primer libro del Código Penal, salvo en tres (3) aspectos: la equiparación del encubrimiento con la complicidad (art. 25, párr. 3, inc. c), la referencia expresa a la instigación "directa y pública" al genocidio como conducta punible (art. 25, párr. 3, inc. e), y la contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas con una finalidad común (art. 25, párr. 3, inc. d).

En el caso del encubrimiento, se ha preferido mantener la solución prevista en el Código Penal y considerarlo como figura autónoma, y no como forma de participación criminal. De la misma manera, la instigación pública a cometer un delito es un tipo independiente en el Código Penal (art. 209), y por ende incluiría la instigación pública al genocidio. A fin de reflejar la especial gravedad de estas conductas, el art. 6° del Proyecto agrava esas figuras cuando son cometidas en relación con uno de los crímenes de competencia de la Corte. Se ha incluido asimismo en el art. 6° una referencia a la apología del crimen (art. 213), figura que, si bien no está incluida en el Estatuto, configura un atentado contra el orden público que merece similar tratamiento al del encubrimiento y la instigación pública.

En el caso del punto (d) del art. 25 del Estatuto, figura basada en el concepto de "*conspiracy*" del derecho del *common law*, y que en nuestro sistema podría ser asimilada al tipo de la asociación ilícita (art. 210 del Código Penal), se prefirió mantener la redacción del Estatuto para evitar posibles disimilitudes entre lo previsto en el art. 210 del Código y lo dispuesto en el Estatuto.

El art. 28 del Estatuto regula la responsabilidad de los superiores jerárquicos. Este tema no está expresamente reglado en nuestro Código. Si bien es posible interpretar las normas vigentes sobre autoría y participación de modo coincidente, se entendió conveniente incorporar el texto en forma expresa en el art. 7° del Proyecto.

El art. 8° consagra el importante principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, aclarando que esa imprescriptibilidad alcanza tanto a la acción como a la pena correspondiente, de conformidad con la irretroactividad de la ley penal prevista en el propio Estatuto en sus arts. 11, 22 y 24.

El art. 30 del Estatuto, titulado "Elemento de intencionalidad", coincide, en general, con la interpretación mayoritaria de nuestro sistema en lo referido al dolo. Empero, atento las diferencias de opinión que podrían suscitarse, tornan conveniente su inclusión expresa como art. 9° del Proyecto. Similares razones

abonan la conveniencia de receptar enteramente el art. 31 del Estatuto, referido a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal (art. 10 del Proyecto de Ley).

El art. 11 del Proyecto reproduce el art. 32 del Estatuto "Error de hecho o error de derecho", dado que, si bien lo dispuesto sobre el error de hecho no difiere de nuestro sistema, la solución prevista para los casos de error de derecho recomienda su incorporación expresa.

Por último, en lo que se refiere a las "órdenes superiores", el art. 33 del Estatuto restringe al máximo la posibilidad de alegar "obediencia debida" como eximente de responsabilidad. Dado que este importante artículo excede la breve regulación contenida en el art. 34, inc. 5º del Código Penal y en el art. 514 del Código de Justicia Militar, se hace necesario su recepción expresa en el art. 12 del Proyecto.

3. Tipificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional tiene competencia limitada sobre aquellos crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, a saber: los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. El Proyecto que se somete a Vuestra Honorabilidad no se refiere a la agresión dado que el Estatuto de Roma la incluyó solamente con valor programático, por lo que la Corte solamente podrá ejercer su competencia cuando la comunidad internacional logre acordar una definición y determinar las condiciones de ejercicio.

En cambio, los arts. 6º a 8º del Estatuto contienen definiciones detalladas de los tres (3) crímenes citados en el párrafo precedente. Estas definiciones han sido, además, complementadas por un instrumento adicional denominado "Elementos de los Crímenes" elaborado después de la adopción del Estatuto en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Tal como se señalara, los Elementos de los Crímenes previstos en el art. 9º del Estatuto de Roma no constituyen un instrumento vinculante pero sí una útil guía interpretativa de las definiciones de los crímenes contenidos en el Estatuto, por lo cual fueron tenidos en cuenta al redactar el presente Proyecto.

Cabe advertir que se mantiene en el Proyecto el término "crimen" utilizado por el Estatuto e instrumentos complementarios, que es además el más utilizado en la actualidad en el ámbito internacional para referirse a estas figuras de gravedad extrema. Por oposición –y siguiendo también al Estatuto de Roma– se ha preservado el término "delito" para referirse a las conductas contra la administración de justicia que figuran en los arts. 22 a 31 del Proyecto.

Las definiciones contenidas en el Estatuto de Roma son el resultado de extensas negociaciones basadas en la premisa de que estas definiciones debían

limitarse a codificar definiciones ya consagradas por el derecho internacional general. Por ello, para el crimen de genocidio, simplemente se recogió, en el art. 6º del Estatuto, la definición contemplada en la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Con relación a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, se incorporaron al Estatuto de Roma definiciones derivadas de varias fuentes convencionales y consuetudinarias y de principios consagrados por la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, respectivamente creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1995, resultó de particular relevancia en este sentido.

Al definir en nuestro ordenamiento los crímenes de competencia de la Corte (art. 13 a 19 del Proyecto), se consideró que debía respetarse en la mayor medida posible el contenido de las definiciones del Estatuto de Roma para asegurar el funcionamiento eficaz de la complementariedad. Asimismo, se consideró importante velar por una plena coincidencia de nuestras disposiciones internas con las disposiciones del Estatuto en razón de que éstas no hacen sino receptar definiciones ya consagradas por el derecho internacional, algunas de las cuales han sido además incorporadas en nuestro ordenamiento con rango constitucional, tales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948.

Por ello, el Proyecto transcribe fielmente, en la medida de lo posible, las definiciones contenidas en los arts. 6º a 8º del Estatuto con modificaciones mínimas indispensables para adecuar dichas definiciones a la terminología y estructura de nuestras disposiciones penales. En algunos casos en que el Estatuto no parece ser suficientemente claro se consideró importante complementar la definición del Estatuto con precisiones aportadas por los elementos de los crímenes. Éste es, en particular, el caso de la figura de desaparición forzada de personas contenida bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad en el art. 14 inc. i) del Proyecto, para el cual se tuvo además en cuenta la definición de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del 9 de junio de 1994.

De conformidad con nuestro sistema jurídico, se establecieron en cada caso penas precisas, con sus máximos y mínimos, siguiendo para ello, las pautas generales previstas en la Parte VII del Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte (las Reglas fueron receptadas expresamente en el Título IV de la Parte II del Proyecto, relativo a la aplicación de la prisión perpetua), y tomando como base las penas previstas en el Código Penal para aquellas figuras afines a las contenidas en el Estatuto.

Sin perjuicio de respetar al máximo las definiciones consagradas por el Estatuto, se alteró en algunos casos el orden de los actos comprendidos en cada crimen, en particular en los crímenes de guerra, contenidos en los arts. 16 a 19 del Proyecto. Con relación a los crímenes de guerra, el Proyecto de Ley mantiene las grandes divisiones de categorías de actos contenidas en el Estatuto pero en el

interior de cada una de ellas se han reagrupado los actos en función de la escala penal aplicable.

Asimismo, a fin de asegurar el cumplimiento de otras normas y principios de derecho internacional humanitario aceptados por la República, se agregaron o modificaron algunas figuras comprendidas en los crímenes de guerra. Se destacan entre las modificaciones más importantes, las introducidas a las disposiciones del Estatuto por las cuales se prohíbe reclutar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o que se los utilice para participar activamente en las hostilidades (art. 8º, párr. 2, b) [xxvi] y art. 8º, párr. 2 e) [vii] del Estatuto). A la luz de lo dispuesto por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados del 25 de mayo de 2000, firmado por nuestro país, el presente Proyecto eleva la edad de la prohibición de 15 a 18 años (arts. 17, c) [v] y 19, c) [ii]). Asimismo, se añadió entre los crímenes de guerra durante conflictos armados no internacionales la prohibición de provocar intencionalmente la inanición de la población civil (art. 19, a) [vi]) que en el Estatuto de Roma solamente es una conducta prohibida en el marco de un conflicto internacional. Se ha añadido en el art. 17, a) (ix) la figura de la demora injustificada de la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles contemplada en el art. 85 párr. 4 inc. b) del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra. Finalmente, se consideró importante remediar internamente una falencia reconocida del Estatuto de Roma que solamente contiene una lista muy reducida de armas prohibidas, omitiendo otras que han sido objeto de prohibición en convenios internacionales de los cuales la República Argentina es parte, tales como la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Pueden ser Consideradas Excesivamente Nocivas o con Efectos Indiscriminados, del 10 de octubre de 1980, y sus Protocolos o la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción del 8 de septiembre de 1997. En consecuencia, el Proyecto de Ley amplía esta lista mediante una prohibición genérica de emplear armas prohibidas en un convenio internacional de los que la República Argentina sea parte (art. 17, b) [vi]).

4. Delitos contra la Administración de Justicia

Los arts. 22 a 31 del Proyecto se refieren a ofensas contra la administración de justicia por la Corte Penal Internacional previstas en el art. 70 del Estatuto de Roma. El Estatuto establece la obligación para los Estados de aplicar sus leyes penales a estas ofensas cuando sean cometidas en su territorio o por sus nacionales. En cumplimiento de esta obligación, en los arts. 24 a 31 del Proyecto se tipifican para su aplicación por tribunales nacionales los delitos contenidos en el Estatuto, aclarándose que a ellos se aplicarán los principios y reglas generales del derecho

penal argentino. Ello, debido a que la tipificación del Código no cubre todos los supuestos contemplados en el Estatuto.

La pena máxima de diez (10) años prevista para las figuras de los arts. 24 a 30 se basa en lo previsto por las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte, según las cuales el tiempo de prescripción de la pena para estas figuras es también de diez (10) años.

II. RÉGIMEN DE COOPERACIÓN

La Parte III del Proyecto contiene disposiciones para asegurar una relación adecuada entre el Estado nacional y la Corte Penal Internacional. En esta Parte se implementan disposiciones diversas del Estatuto de Roma, incluyendo algunas también relacionadas con el sistema de complementariedad (Título II), con el fin de reglamentar el procedimiento a seguir en caso de remisión de situaciones a la Corte o para impugnar su competencia. No obstante, la mayoría de las disposiciones de esta Parte del Proyecto tiende a hacer efectivo el régimen de cooperación con la Corte Penal Internacional (Partes IX y X del Estatuto de Roma).

El art. 32, referido a la elección de magistrados para la Corte Penal Internacional, implementa la opción prevista en el art. 36, párr. 4, inc. a), apart. (ii) del Estatuto, según el cual los Estados parte podrán proponer candidatos de acuerdo con el procedimiento previsto en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se estimó que este mecanismo, que nuestro país utiliza para la presentación de candidatos a la Corte Internacional de Justicia, resulta también el más adecuado para la presentación de candidaturas a esta nueva institución internacional de importancia comparable.

El régimen de cooperación del Estatuto de Roma es vital para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, el cual dependerá esencialmente de la cooperación de los Estados para poder investigar los hechos, detener personas y obtener su entrega a la Corte.

Al elaborar las normas internas necesarias para facilitar esta cooperación con la Corte, se tuvo debidamente en cuenta que el sistema de cooperación del Estatuto de Roma es de naturaleza muy diferente al sistema de asistencia judicial y extradición que rige entre Estados. El deber de cooperación con la Corte Penal Internacional es mucho más amplio y estricto. Entre otras diferencias fundamentales, no se aplican en relación con la Corte, causales habituales de denegación de asistencia judicial o extradición entre Estados (tales como orden público e intereses esenciales, entre otros). El Estatuto no admite ninguna causal para rechazar la entrega de personas a la Corte y solamente permite a título excepcional y bajo ciertas condiciones oponer razones de seguridad nacional respecto de otras formas de asistencia.

En razón de las distinciones existentes entre el modelo de cooperación interestatal y el régimen de cooperación contemplado en el Estatuto de Roma, la Comisión concluyó que la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767 no resultaba extrapolable a las obligaciones asumidas por el Estado en su relación con la Corte Penal Internacional. Por ello, se elaboró un conjunto de disposiciones que tienen en cuenta las obligaciones estrictas contraídas en virtud del Estatuto de Roma. Estas disposiciones, que toman como base el procedimiento previsto en la ley 24.767 en aquello que resulta compatible con el mecanismo previsto en el Estatuto, tienden a asegurar una cooperación amplia y expedita con la Corte Penal Internacional previendo la celebración de consultas en los casos en que puedan plantearse dificultades para brindar asistencia.

A la luz de las exigencias propias del Estatuto, se han morigerado al máximo los requisitos de procedimiento interno. En este sentido cabe destacar que para los casos de entrega de personas a la Corte, se prevé un breve procedimiento judicial destinado a asegurar la identidad de la persona y el respeto de sus derechos fundamentales. Es importante destacar que, conforme al propio Estatuto (art. 59), la persona cuya entrega se requiere tiene derecho a solicitar la libertad provisional durante el procedimiento de entrega. Esto se ha recogido en el art. 46 del Proyecto.

De acuerdo con el Estatuto, la persona requerida por la Corte tiene la posibilidad de alegar ante el juez que entiende en su entrega la excepción de cosa juzgada prevista en el art. 20 del propio Estatuto. Es importante señalar que esa excepción no constituye una causal de denegación de la entrega, sino sólo de suspensión de ella hasta tanto la Corte decida sobre la admisibilidad o no de la causa, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Estatuto. Si la Corte declara admisible la causa, la excepción de cosa juzgada debe ser rechazada, mientras que si la Corte considera que la causa es inadmisibile, el pedido de entrega perderá validez. Así se recoge en el Proyecto en el art. 51.

En lo que se refiere a otras formas de asistencia judicial, el Estatuto sólo admite la denegación en caso de que su cumplimiento pudiera afectar la seguridad nacional del Estado (art. 72 del Estatuto). Para asegurar que esas razones de seguridad nacional no sean alegadas de manera irreflexiva o sin la debida sustentación, se prevé que dicha determinación sea el resultado de un proceso de consulta entre las áreas competentes en la cuestión, de acuerdo con un procedimiento que deberá preverse en la reglamentación de la Ley que se propone (art. 76 del Proyecto).

Por último, el Título IV de la Parte IV del Proyecto recepta el principio de que las órdenes de reparación, multa o decomiso emitidas por la Corte deben ser ejecutadas de manera directa por los Estados Parte del Estatuto (art. 109 del Estatuto).

El Proyecto que con las características descriptas se somete a Vuestra Honorabilidad viene a implementar en nuestro ordenamiento jurídico un instru-

mento internacional de vital importancia para fortalecer el imperio del derecho y reforzar la vigencia universal de los derechos humanos. Su sanción legislativa permitirá adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la nueva realidad internacional que impone la creación de la Corte Penal Internacional. De esta manera no solamente se cumplirá con obligaciones internacionales asumidas sino que se dotará a nuestro país de las herramientas necesarias para que pueda sumarse a los esfuerzos de la Corte Penal Internacional para combatir la impunidad por gravísimos crímenes que afectan a la humanidad en su conjunto.

Dios guarde a Vuestra Honorabilidad

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso,... sancionan con fuerza de ley:

Parte preliminar

Definiciones y uso de términos

“Estatuto de Roma” o “Estatuto”: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, aprobado por la ley 25.390.

“Corte Penal Internacional” o “Corte”: Corte creada por el Estatuto de Roma.

“Reglas de Procedimiento y Prueba”: Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

“Crímenes”: Delitos internacionales definidos en los arts. 13 a 19 de esta ley.

“Delitos”: Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional definidos en los arts. 24 a 31 de esta ley.

“Extradición”: Entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un convenio internacional o en el derecho interno.

“Entrega”: Entrega de una persona a la Corte Penal Internacional.

Parte I

Aplicación de la ley y principios generales

Título I

Aplicación de la ley

Art. 1º. Esta ley se aplicará:

- a) por crímenes cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la República Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;
- b) por crímenes cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo;
- c) por crímenes cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República Argentina, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena;
- d) en los casos previstos en convenios internacionales de los que la República Argentina sea parte.

Art. 2°. Cuando se encontrare en territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción una persona sospechada de haber cometido un crimen definido en la presente ley y no se procediera a su extradición o entrega a la Corte Penal Internacional, la República Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho crimen.

Art. 3°. La competencia por la comisión de los crímenes tipificados en la presente ley corresponde a la jurisdicción federal, salvo respecto de los crímenes de guerra, cuando el imputado fuere militar y hubiere actuado en tal carácter, en cuyo caso corresponderá a la jurisdicción militar.

Título II

Principios generales

Art. 4°. Los principios y reglas generales del derecho penal argentino con las modificaciones que resultan de esta ley serán aplicables a los crímenes enumerados en los arts. 13 a 19.

Art. 5°. Será penalmente responsable por la comisión de un crimen quien:

- a) Cometiere ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordenare, propusiere o indujere la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, fuere cómplice o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuyere de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión del crimen; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Intentare cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desistiere de la comisión del crimen o impidiere de otra forma su consumación no podrá ser penado por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

Art. 6°. Elévase en un tercio (1/3) el mínimo y en un medio (1/2) el máximo de la escala penal de los delitos previstos en los arts. 277, 278, 209 y 213 del Código Penal, cuando fueren cometidos en relación con los crímenes previstos en los arts. 13 a 19 de la presente ley.

Art. 7º. Sin perjuicio de otras causales de responsabilidad de conformidad con la presente ley:

a) El jefe militar o el que actuare efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Art. 8º. No prescribirá ni la acción ni la pena correspondientes a los crímenes enumerados en los arts. 13 a 19, respetando el principio de la irretroactividad consagrado en los arts. 11, 22 y 24 del Estatuto de Roma.

Art. 9º. Salvo disposición expresa en contrario sólo serán punibles quienes realizaren los elementos materiales de los crímenes previstos en los arts. 13 a 19 con intención y conocimiento.

A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propusiere incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propusiere causarla o fuere consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido.

Art. 10. No será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se hubiere intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada en los arts. 13 a 19, o hubiere hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriese;

c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;

d) Actuare como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se viere compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviere la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

Esa amenaza podrá:

i) Haber sido hecha por otras personas; o

ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

Art. 11. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el art. 12.

Art. 12. Quien hubiere cometido un crimen en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal salvo que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; y

b) No supiere que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuere manifiestamente ilícita.

A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Parte II

Definiciones y penas

Título I

Genocidio

Art. 13. El que con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, perpetrare alguno de los actos mencionados a continuación, será castigado con la pena de reclusión o prisión de cinco (5) a veinticinco (25) años o reclusión perpetua o prisión perpetua:

- a) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- b) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- c) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- d) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La pena será de reclusión perpetua o prisión perpetua si se realizare matanza de miembros del grupo;

Título II

Crímenes de lesa humanidad

Art. 14. El que cometiere cualquiera de los actos siguientes, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, será castigado con las penas que en cada caso se detallan.

Por "ataque contra la población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en este artículo contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer ese ataque o para promover esa política.

a) Homicidio. El que matare a otro será reprimido con la pena de reclusión perpetua o prisión perpetua.

b) Exterminio. El que impusiere intencionalmente condiciones de vida, entre otras la privación del acceso a alimentos o medicinas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de cinco (5) a veinticinco (25) años o reclusión perpetua o prisión perpetua.

c) Esclavitud. El que ejerciere los atributos del derecho de propiedad, o alguno de ellos, sobre una persona, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de cinco (5) a veinticinco (25) años.

En caso de que la persona fuera mujer o niño, la pena será de reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años.

d) Deportación o traslado forzoso de población. El que desplazare personas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de seis (6) a quince (15) años.

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad. El que encarcelare o privare gravemente a otro de su libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años.

f) Tortura. El que causare intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona bajo su custodia o control, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

La pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años si le causare lesiones de las previstas en el art. 91 del Código Penal.

Si ocurriere la muerte, la pena será de reclusión perpetua o prisión perpetua.

g) Violencia sexual. El que violare o sometiere a esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o a cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de seis (6) a veinticinco (25) años.

Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se hubiere dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves al derecho internacional.

h) Persecución. El que persiguiera a un grupo o colectividad con identidad propia por 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 artículo o con cualquier crimen definido en los arts. 13 a 19 será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años.

Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

i) Desaparición forzada de personas. El que procediere a la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años.

Con la misma pena será reprimido el que se negare a admitir la privación de libertad, o a dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley, cuando tal negativa hubiere sido realizada por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

j) Apartheid. El que cometiere actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el presente artículo en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales, y con la intención de mantener ese régimen, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres (3) a veinticinco (25) años.

k) Otros actos inhumanos. El que cometiere otros actos inhumanos de carácter similar a los precedentemente consignados que causaren intencionalmente grandes sufrimientos o atentaren gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de cinco (5) a veinticinco (25) años.

Título III

Crímenes de guerra

Capítulo 1

Definición de personas protegidas

Art. 15. Se considerarán personas protegidas:

a) En el marco de los conflictos armados internacionales:

i) los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegido por el I y II Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional del 8 de junio de 1977;

ii) los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional del 8 de junio de 1977;

iii) la población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional del 8 de junio de 1977;

iv) las personas fuera de combate y el personal de la potencia protectora y de su sustituto, protegidos por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional del 8 de junio de 1977;

v) los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya del 29 de julio de 1899;

b) En el marco de los conflictos armados de índole no internacional:

Las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enferme-

dad, herida, detención o por cualquier otra causa, amparadas por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo II Adicional del 8 de junio de 1977.

c) En el marco de los conflictos previstos en los incs. a) y b) precedentes, según corresponda, las personas a las que un convenio internacional del que la República Argentina sea parte, otorgue una tutela de índole similar a la prevista en las normas internacionales mencionadas en ambos incisos.

Capítulo 2

Conflictos armados internacionales

Art. 16. En el marco de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949:

a) Será reprimido con reclusión perpetua o prisión perpetua el que matare intencionalmente a cualquier persona protegida.

b) Será reprimido con reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años, el que sometiere a cualquier persona protegida a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, o le causare deliberadamente grandes sufrimientos o atentare gravemente contra su integridad física o su salud.

La pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años si le causare lesiones de las previstas en el art. 91 del Código Penal.

Si ocurriere la muerte, la pena será de reclusión perpetua o prisión perpetua.

c) Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a quince (15) años, el que destruyere bienes o se apropiare de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

d) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres (3) a quince (15) años, el que forzare a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga, o le privare deliberadamente de sus derechos a ser juzgado legítima e imparcialmente, o le sometiere a deportación, traslado ilegal o confinamiento ilegal.

e) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinte (20) años el que tomare rehenes.

Art. 17. En el marco de otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales:

a) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres (3) a quince (15) años, el que:

i) Dirigiere intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no sean objetivos militares;

ii) Declarare que no se dará cuartel;

iii) Destruyere o se apoderare de bienes de un adversario a menos que las necesidades de la guerra lo hicieren imperativo;

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

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

vi) Saqueare una ciudad o una plaza, incluso cuando fuere tomada por asalto;

vii) Utilizare la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;

viii) Perteneciendo a la Potencia ocupante, sometiere a traslado, directa o indirectamente, de parte de la población civil de aquélla al territorio que ocupa o sometiere a deportación o traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix) Demorare injustificadamente la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

x) Cometiere atentados contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;

xi) Realizare prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un atentado contra la dignidad personal;

b) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinte (20) años, el que:

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

ii) Atacare o bombardeare, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas, o edificios que no estén defendidos y no sean objetivos militares;

iii) Empleare veneno o armas envenenadas;

iv) Empleare gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;

v) Empleare balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

vi) Empleare 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 internacional de los conflictos armados a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de prohibición en un convenio internacional del que la República Argentina sea parte.

c) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de seis (6) a veinticinco (25) años, el que:

i) Dirigiere intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupan enfermos o heridos, siempre que no fueren objetivos militares;

ii) Cometiere actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el segundo párrafo del art. 14, inc. g), esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

iii) Dirigiere intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iv) Provocare 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;

v) Reclutare o alistare a niños menores de 18 años en las fuerzas armadas nacionales o los utilizare para participar activamente en las hostilidades.

vi) Dirigiere 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 tuvieren derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

d) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años o reclusión perpetua o prisión perpetua, el que:

i) Lanzare un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que fueren claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;

ii) Causare la muerte o lesiones a un combatiente que hubiere depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se hubiere rendido a discreción;

iii) Utilizare 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 causare así la muerte o lesiones graves;

iv) Sometiere a personas que estén en su poder 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;

v) Matare o hiriere a traición a personas pertenecientes a la nación o el ejército enemigo.

Capítulo 3

Conflictos armados de índole no internacional

Art. 18. En el marco de las violaciones graves del art. 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949:

a) Será reprimido con reclusión perpetua o prisión perpetua el que matare a cualquier persona protegida.

b) Será reprimido con reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años, el que atentare gravemente contra la integridad física o la salud de cualquier persona protegida, o le sometiere a mutilaciones, tratos crueles o tortura.

La pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años si le causare lesiones de las previstas en el art. 91 del Código Penal.

Si ocurriere la muerte, la pena será de reclusión perpetua o prisión perpetua.

c) Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a quince (15) años, el que sometiere a cualquier persona protegida a ultrajes contra la dignidad personal, y en particular a tratos humillantes y degradantes.

d) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinte (20) años, el que tomare rehenes.

e) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres (3) a veinticinco (25) años, o con reclusión o prisión perpetua, el que dictare condenas o efectuaré ejecuciones sin juicio previo ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

Los incs. a) al e) precedentes se aplican a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente no se aplican a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

Art. 19. En el marco de otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional:

a) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres (3) a quince (15) años, el que:

i) Saqueare una ciudad o plaza, incluso cuando fuere tomada por asalto;

ii) Declarare que no se dará cuartel;

iii) Destruyere o se apoderare de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hicieren imperativo;

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

v) Realizare prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un atentado contra la dignidad personal;

vi) Provocare 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.

b) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a quince (15) años, el que dirigiere intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

c) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de seis (6) a veinticinco (25) años, el que:

i) Cometiere actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el segundo párrafo del art. 14, inc. g), o esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave del art. 3º común a los Convenios de Ginebra;

ii) Reclutare o alistare niños menores de 18 años en las fuerzas armadas o los utilizare para participar activamente en hostilidades;

iii) Dirigiere intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iv) Dirigiere 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 tuvieren derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados;

v) Dirigiere intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupe a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

d) Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco (25) años o reclusión perpetua o prisión perpetua, el que:

i) Matare o hiriere a traición a un combatiente adversario;

ii) Sometiere a las personas que estén en poder de otra parte en conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalarios 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.

Los incs. a) al d) precedentes se aplican a los conflictos armados que no sean de índole internacional y, por consiguiente, no se aplican a situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplican a los conflictos armados que tengan 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.

Título IV

Aplicación de prisión perpetua o reclusión perpetua

Art. 20. En aquellos casos en que la pena de prisión perpetua o reclusión perpetua no estuviere prevista como pena única, dicha pena podrá ser aplicada

sólo cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más de las circunstancias agravantes contenidas en el art. 21.

Art. 21. Se considerarán circunstancias agravantes las siguientes:

- a) Cualquier condena anterior por crímenes definidos en los arts. 13 a 19.
- b) El abuso de poder o del cargo oficial.
- c) Que el crimen se hubiere cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa.
- d) Que el crimen se hubiere cometido con especial crueldad o hubiere habido muchas víctimas.
- e) Que el crimen se hubiere cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación en razón del género, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.
- f) Otras circunstancias de naturaleza similar.

Parte III

Delitos contra la administración de justicia por la Corte Penal Internacional

Art. 22. Los principios y reglas generales del derecho penal argentino serán aplicables a los delitos previstos en esta Parte.

Art. 23. Será reprimido con la pena que se dispone en cada caso el que intencionalmente cometiere algunos de los delitos que previstos en los arts. 24 a 31 dentro del territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción, o en el extranjero cuando fuera cometido por un nacional argentino.

Art. 24. El que diere falso testimonio ante la Corte Penal Internacional cuando esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del art. 69 del Estatuto de Roma, será reprimido con la pena de uno (1) a diez (10) años de reclusión o prisión.

Art. 25. El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o hayan sido falsificadas, será reprimido con la pena de uno (1) a diez (10) años de reclusión o prisión.

Art. 26. El que corrompiere a un testigo que debe testificar ante la Corte Penal Internacional, obstruyere su comparecencia o testimonio o interfiriere en ellos, será reprimido con la pena de uno (1) a diez (10) años de reclusión o prisión.

Art. 27. El que tomare represalias contra un testigo por su declaración prestada ante la Corte Penal Internacional, será reprimido con la pena de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión.

Art. 28. El que destruyere o alterare pruebas o interfiriere en las diligencias de prueba en un procedimiento de la Corte Penal Internacional, será reprimido con la pena de uno (1) a diez (10) años de reclusión o prisión.

Art. 29. El que pusiere trabas, intimidare o corrompiere a un funcionario de la Corte Penal Internacional para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida, será reprimido con la pena de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión.

Art. 30. El que tomare represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que hubiere desempeñado él u otro funcionario, será reprimido con la pena de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión.

Art. 31. El que solicitare o aceptare un soborno en calidad de funcionario de la Corte Penal Internacional y en relación con esas funciones oficiales, será reprimido con la pena de ocho (8) a quince (15) años de reclusión o prisión.

Parte IV

Relaciones con la Corte Penal Internacional

Título I

Elección de magistrados

Art. 32. La República Argentina propondrá candidatos para las elecciones para magistrado de la Corte Penal Internacional mediante el procedimiento aplicable para proponer candidatos a la Corte Internacional de Justicia.

Título II

Remisión de situaciones a la Corte Penal Internacional e impugnación de competencia o admisibilidad

Art. 33. En el caso de producirse una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional fuera de la jurisdicción de los tribunales argentinos, la República Argentina podrá remitir los antecedentes de dicha situación al Fiscal de conformidad con lo previs-

to en el art. 14 del Estatuto. La decisión de efectuar dicha remisión será adoptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en consulta con el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y, cuando corresponda, con el Ministerio de Defensa o con el Ministerio Público Fiscal de La Nación. La remisión al Fiscal de la Corte Penal Internacional será efectuada por escrito a través de la vía diplomática. En la remisión se especificarán, con la mayor exactitud posible, las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que se disponga.

Art. 34. Las actuaciones relacionadas con decisiones preliminares de la Corte Penal Internacional previstas en el art. 18 del Estatuto así como aquéllas relacionadas con la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa prevista en el art. 19 del Estatuto serán tramitadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. La documentación correspondiente será remitida a la Corte por la vía diplomática.

Art. 35. Cuando se reciba la notificación prevista en el art. 18 párr. 1 del Estatuto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá informar a la Corte que se está llevando o se ha llevado a cabo en el territorio de la República Argentina una investigación respecto de actos criminales que puedan constituir los crímenes a que se refiere el art. 5 del Estatuto y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación. En este caso podrá solicitar que el Fiscal se inhíba de su competencia. A tales efectos, inmediatamente de recibida la notificación, se recabará la información correspondiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Defensa o del Ministerio Público Fiscal de la Nación, según corresponda. Dicha información deberá ser remitida a la Corte Penal Internacional dentro de los treinta (30) días de la fecha de recepción de la notificación de la Corte Penal Internacional.

Art. 36. El Poder Ejecutivo nacional determinará quién representará a la República Argentina en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional.

Título III

Cooperación internacional y asistencia judicial

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 37. La República Argentina cooperará plenamente con la Corte, en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

Art. 38. La República Argentina cumplirá con las solicitudes de detención, entrega de personas y otras formas de cooperación, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de Roma, las Reglas de Procedimiento y Prueba y las disposiciones de la presente ley. Si una solicitud de cooperación pudiera plantear problemas que puedan obstaculizar o impedir su cumplimiento, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto celebrará sin dilación consultas con la Corte, comunicando, cuando fuere necesario, los requisitos específicos de su derecho interno.

Art. 39. Las autoridades competentes no podrán invocar la inexistencia de procedimientos en el orden interno para denegar el cumplimiento de solicitudes de detención y entrega u otras formas de cooperación.

Art. 40. Las comunicaciones desde y hacia la Corte se realizarán por la vía diplomática.

Capítulo 2

Entrega de personas a la Corte

Sección 1

Solicitudes de detención y entrega

Art. 41. Al recibirse una solicitud de detención y entrega, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto determinará si la solicitud cumple con los requisitos formales previstos en el art. 91 del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

En el supuesto de que la solicitud de entrega no cumpla con alguno de los requisitos establecidos en las disposiciones citadas en el párrafo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá reservar las actuaciones mientras procede a celebrar las consultas necesarias con la Corte.

Art. 42. Cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto dé curso a una solicitud de detención y entrega, ésta será enviada a la autoridad judicial competente de conformidad con los arts. 67 a 70 de la presente ley, con conocimiento del Ministerio Público Fiscal.

Art. 43. El Ministerio Público Fiscal de la Nación representará en el trámite judicial el interés por la entrega del detenido a la Corte.

Art. 44. Cuando el juez reciba una solicitud de detención y entrega, libraré la orden de detención de la persona requerida, si es que ya no se encuentra privada de su libertad.

Art. 45. Dentro de las veinticuatro (24) horas de producida la detención, el juez realizará una audiencia en la que:

a) Informará al detenido sobre los motivos de la detención y los detalles de la solicitud de entrega;

b) Invitará al detenido a designar defensor entre los abogados de la matrícula, y si no lo hace le designará de oficio un defensor oficial, salvo que lo autorice a defenderse personalmente;

c) Dejaré constancia de sus manifestaciones respecto del contenido de la solicitud de entrega;

d) Le preguntará si, previa consulta con su defensor, desea prestar conformidad a la entrega, informándole que de así hacerlo pondrá fin al trámite judicial. El detenido podrá reservarse la respuesta para más adelante.

e) Si el detenido no habla el idioma nacional, el juez nombrará a un intérprete.

En el caso que haya existido detención provisional, previa a la solicitud formal de entrega, el juez deberá realizar esta audiencia dentro de las veinticuatro (24) horas de la recepción de la solicitud.

Art. 46. El detenido tendrá derecho a solicitar la libertad provisional antes de su entrega. En tal caso se seguirá el procedimiento previsto en el art. 59 del Estatuto.

Art. 47. En cualquier estado del proceso el requerido podrá dar su consentimiento libre y expreso para ser entregado a la Corte. El juez resolverá sin más trámite.

Art. 48. Si el juez comprueba que la persona detenida no es la requerida, así lo declarará, previa vista al fiscal y ordenará la captura de la persona requerida, si tiene datos que permitan su búsqueda. Esta resolución será susceptible de recurso de apelación ante la Cámara Federal que corresponda. El recurso tendrá efecto suspensivo, pero el detenido será excarcelado bajo caución, previa vista al fiscal y habiendo notificado a la Corte por la vía diplomática. El juez ordenará entonces la prohibición de salida del país del reclamado.

Art. 49. Durante la sustanciación del procedimiento, no se podrá discutir acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido, restringiéndose a las condiciones exigidas por el Estatuto de la Corte.

Art. 50. Si, hasta el momento de dictar la sentencia, el juez advierte la falencia de requisitos de forma en el pedido, suspenderá el procedimiento y notificará esta circunstancia al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, el que realizará las consultas necesarias con la Corte para subsanar tales falencias.

Art. 51. Cuando una persona cuya entrega se solicita, impugne esta solicitud oponiendo la excepción de cosa juzgada o litispendencia ante un tribunal nacional, éste comunicará de inmediato dicha impugnación al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, a fin de que, cuando corresponda, se celebren consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, el tribunal suspenderá el procedimiento hasta que la Corte adopte esa decisión. Si la causa ha sido declarada admisible por la Corte, el tribunal nacional rechazará la excepción de cosa juzgada o litispendencia.

Art. 52. El juez resolverá sobre la entrega en el término de quince (15) días a contar de la fecha de la realización de la audiencia prevista en el art. 45 de la presente ley. En los casos en que sea necesario celebrar consultas con la Corte, dicho término se suspenderá hasta que concluyan las consultas. La persona no podrá, en ningún caso, quedar detenida por un término superior a los sesenta (60) días.

Art. 53. Una vez dispuesta la entrega, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, notificará dicha decisión a la Corte y celebrará consultas con ésta a fin de acordar la fecha y condiciones de la entrega.

Art. 54. La solicitud de detención y entrega y, en su caso, de detención provisional, podrá extenderse al secuestro de objetos o documentos que estén en poder de la persona requerida y sean:

- a) elementos probatorios del delito;
- b) instrumentos del delito o efectos provenientes de él.

Art. 55. La entrega de estos objetos o documentos a la Corte será ordenada por la resolución que conceda la entrega, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, aun cuando la entrega de la persona requerida no pueda ser concedida como consecuencia de su muerte o evasión.

Sección 2

Solicitudes concurrentes

Art. 56. En el supuesto que la República Argentina reciba una solicitud de entrega librada por la Corte y, a su vez, reciba solicitudes de extradición de la

misma persona, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto notificará a la Corte y al Estado o Estados requirentes de dicho hecho y adoptará una decisión de conformidad a lo previsto en el art. 90 del Estatuto y, cuando corresponda a lo previsto en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Art. 57. Si el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto decide que debe darse prioridad a la entrega a la Corte, seguirá el trámite previsto en la presente ley. De lo contrario, seguirá el trámite de extradición previsto en el tratado vigente o, en su defecto, el contemplado en la ley vigente de cooperación internacional en materia penal.

Sección 3

Detención provisional

Art. 58. Ante una solicitud de detención provisional realizada por la Corte, de conformidad con el art. 92 del Estatuto, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) si la solicitud es remitida por la vía diplomática, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto la remitirá de inmediato al juez federal competente, con aviso al Ministerio Público Fiscal de la Nación. El juez librará la orden de captura e informará de todo lo actuado al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

b) si la solicitud se realiza por vía de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) u otra organización competente, el arrestado deberá ser puesto de inmediato a disposición del juez federal competente, con aviso al Ministerio Público Fiscal de la Nación e información al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Art. 59. En todos los casos de detención provisional, el juez oír a la persona arrestada dentro del término de veinticuatro (24) horas, y le designará defensor oficial si aquél no designara uno de confianza. La detención cesará en cuanto se compruebe que el detenido no es la persona reclamada. Esta circunstancia será puesta en conocimiento de la Corte, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Art. 60. Si la solicitud de entrega y documentos que la justifiquen no es recibida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en el plazo de sesenta (60) días contados desde la fecha de la detención provisional, la persona requerida quedará en libertad, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 92 párr. 4 del Estatuto.

Art. 61. Mientras dure la detención provisional, el detenido podrá dar su consentimiento libre y expreso para ser trasladado a la Corte. El juez resolverá sin más trámite. Cuando el juez resolviere autorizar el traslado, enviará copia de la resolución y del expediente completo al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. La resolución que autoriza el traslado tendrá los efectos de una sentencia que declara procedente la entrega.

Sección 4

Entrega en tránsito

Art. 62. El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto autorizará la entrega en tránsito de una persona que otro Estado entregue a la Corte, en la medida que dicho tránsito no obstaculice o demore la entrega a la Corte. La solicitud de autorización de la entrega en tránsito deberá cumplir con los requisitos establecidos en el art. 89, párr. 3 inc. b) del Estatuto.

Art. 63. La autorización de tránsito no será necesaria cuando la persona sea transportada por vía aérea y no se prevea aterrizar en el territorio argentino.

Art. 64. Cuando se produzca en territorio argentino un aterrizaje imprevisto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá solicitar a la Corte la remisión de la solicitud de entrega en tránsito, de conformidad con lo previsto por el art. 89, párr. 3, inc. e) del Estatuto.

Art. 65. La persona transportada permanecerá detenida en territorio argentino hasta que se presente la solicitud de tránsito. Si esta solicitud no fuera recibida en el plazo de noventa y seis (96) horas, la persona será puesta en libertad. Ello no obstará a que se introduzca un pedido de detención y entrega o de detención provisional ulterior.

Sección 5

Entrega temporal

Art. 66. Cuando la persona requerida esté detenida en territorio argentino y esté siendo enjuiciada o cumpliendo una condena por un crimen distinto por el cual se pide su entrega a la Corte, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto efectuará consultas con la Corte respecto de las condiciones a las cuales se sujetará la entrega temporal.

Sección 6

Competencia

Art. 67. Será competente para conocer en una solicitud de detención y entrega, el juez federal con competencia penal que tenga jurisdicción territorial en el lugar de residencia de la persona requerida y que se encuentre de turno al momento de darse intervención judicial.

Si se desconoce el lugar de residencia o son varios y ubicados en distintas jurisdicciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá optar entre cualquiera de los jueces federales que correspondan a tales lugares o un juez federal de la Capital Federal, siempre que esté de turno al momento de darse intervención judicial.

Art. 68. Las mismas reglas previstas en el artículo anterior regirán para los casos de solicitudes formales de detención provisional. El juez que haya intervenido en el trámite de detención provisional conocerá en la solicitud de entrega.

Art. 69. En caso de detención provisional efectuada, sin previa intervención judicial, será competente el juez federal con competencia penal que tenga jurisdicción territorial en el lugar donde se efectúe y que esté de turno en el momento de la detención. El mismo juez será el competente para conocer en la solicitud de entrega.

Art. 70. Los pedidos de autorización para juzgar a una persona entregada a la Corte por hechos diferentes a los que motivaron la entrega cometidos con anterioridad a ésta serán de competencia del juez que intervino en el trámite de entrega que motiva la solicitud.

Capítulo 3

Otras formas de asistencia

Art. 71. La República Argentina cumplirá de manera expedita y amplia las solicitudes de asistencia de la Corte previstas en el art. 93 del Estatuto, de conformidad con el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba y los procedimientos de su derecho interno.

Art. 72. El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto dictaminará si la solicitud de asistencia contiene los requisitos previstos en el art. 96, párr. 1 y 2, del Estatuto y la remitirá a las autoridades que correspondan según el tipo de asistencia solicitada.

Art. 73. Cuando la asistencia requiera la intervención de un juez, el Ministerio Público Fiscal de la Nación representará el interés por la asistencia en el trámite judicial.

Art. 74. Las condiciones y formas en que se llevarán a cabo las medidas requeridas se regirán por los procedimientos previstos en el ordenamiento interno. Si el cumplimiento de la solicitud está prohibido por un principio fundamental de derecho existente en la legislación interna y que sea de aplicación general, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto celebrará consultas con la Corte, a fin de establecer si se puede prestar la asistencia de otra manera o con sujeción a condiciones.

Art. 75. Si el cumplimiento de la solicitud pudiera entorpecer una investigación penal en trámite en la República Argentina, las autoridades judiciales competentes informarán de esta circunstancia al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Éste procederá a realizar consultas con la Corte, a fin de aplazar su cumplimiento o sujetarla a determinadas condiciones de conformidad con lo previsto por los arts. 94 y 95 del Estatuto.

Art. 76. La República Argentina podrá no dar lugar a una solicitud de asistencia, en su totalidad o en parte, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 72 y 93, párr. 4, del Estatuto únicamente si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o a la divulgación de pruebas que afecten su seguridad nacional. La declaración de seguridad nacional será efectuada de conformidad con la reglamentación que se adopte en cumplimiento de las disposiciones de la presente ley.

Art. 77. El Fiscal de la Corte podrá ejecutar directamente, en territorio argentino y sin la presencia de autoridades competentes una solicitud de asistencia que no requiera medidas coercitivas, en los supuestos contemplados en el apart. 4 del art. 99 del Estatuto.

Título IV

Ejecución de penas y órdenes de reparación, multa o decomiso

Art. 78. La República Argentina podrá declarar que está dispuesta a recibir condenados para cumplir penas privativas de libertad impuestas por la Corte, mediante declaración efectuada de conformidad con lo previsto por el art. 103 del Estatuto.

Art. 79. Las autoridades competentes darán cumplimiento en forma directa y sin procedimiento de *exequatur* a las órdenes de reparación, multa o decomiso dictadas por la Corte, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Art. 80. Las autoridades competentes darán cumplimiento a las órdenes de reparación, multa o decomiso que fueran dictadas por la Corte sin modificar su alcance, la magnitud de los daños, perjuicios o pérdidas determinadas por la Corte, así como los principios establecidos en ellas, facilitando su cumplimiento.

Art. 81. Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

BIBLIOGRAFÍA

EL TERRITORIO DEL ESTADO Y LA SEGURIDAD TERRITORIAL

BIBLIOGRAFÍA

de 1900 a 1901

La bibliografía consultada en la redacción y de reconocimiento del presente trabajo, se divide en tres grandes grupos: la primera, por el tipo de obra, la segunda, por el tema de estudio y la tercera, por el autor. La primera, por el tipo de obra, se divide en tres grandes grupos: la primera, por el tipo de obra, la segunda, por el tema de estudio y la tercera, por el autor. La primera, por el tipo de obra, se divide en tres grandes grupos: la primera, por el tipo de obra, la segunda, por el tema de estudio y la tercera, por el autor.

La segunda, por el tema de estudio, se divide en tres grandes grupos: la primera, por el tipo de obra, la segunda, por el tema de estudio y la tercera, por el autor. La primera, por el tipo de obra, se divide en tres grandes grupos: la primera, por el tipo de obra, la segunda, por el tema de estudio y la tercera, por el autor.

La tercera, por el autor, se divide en tres grandes grupos: la primera, por el tipo de obra, la segunda, por el tema de estudio y la tercera, por el autor. La primera, por el tipo de obra, se divide en tres grandes grupos: la primera, por el tipo de obra, la segunda, por el tema de estudio y la tercera, por el autor.

EL TERRITORIO DEL ESTADO Y LA SOBERANÍA TERRITORIAL (Ábaco, Buenos Aires, 2003)

de JULIO A. BARBERIS

La habitual claridad expositiva y de razonamiento del profesor Barberis está presente en esta obra que profundiza aspectos de gran interés para el especialista y que resulta accesible al estudiante de derecho internacional. En cada tema identifica la doctrina y la jurisprudencia de referencia, y a partir de éstas desarrolla aspectos sugestivamente elegidos, con ejemplos, en cuanto resulta posible, tomados de la práctica y jurisprudencia relacionados con la Argentina o en los que hayan participado árbitros o jueces argentinos, entre los que es dable reconocer la actuación que le cupo al propio autor.

La vinculación entre los conceptos de territorio del Estado y soberanía territorial es desarrollada en siete capítulos y alrededor de las doscientas páginas. Los primeros cinco capítulos han sido asignados al concepto de territorio del Estado, sus características, extensión, ampliación y disminución y a los límites en sus dos aspectos: delimitación y demarcación. Los dos últimos capítulos están dedicados a la soberanía territorial y a la supremacía territorial.

El primer capítulo plantea el concepto de territorio del Estado. Sigue la evolución histórica desde su conceptualización como patrimonio del señor feudal o del príncipe y luego como el objeto de un derecho real de dominio del Estado, concepción que ha influido notoriamente en la denominación de los modos de adquisición del territorio y de las restricciones a la soberanía territorial. El territorio como el espacio dentro del cual el Estado ejerce su imperio, desarrollado por Carl Fricker, en 1867, supone que el territorio no es un objeto sino uno de los elementos constitutivos del Estado, el espacio en el que el poder del Estado se ejerce de manera excluyente respecto de las personas que se hallan en aquél. Radnitzky, a principios del siglo XX, desarrolla el plano normativo, en tanto que ámbito espacial del poder del Estado. Kelsen perfecciona esta noción a partir de la teoría pura del derecho, reemplaza en la definición del territorio la noción de poder del Estado al redefinirlo como el ámbito de validez espacial del orden jurídico estatal. El territorio será, en consecuencia, el espacio dentro del cual, conforme al derecho internacional, los órganos de un Estado están autorizados para ejecutar coercitivamente el orden jurídico nacional.

Este capítulo resume también la relación entre el territorio del Estado como ámbito espacial y la soberanía territorial como el ejercicio de la jurisdicción estatal en ese ámbito espacial. La soberanía territorial en cuanto supone que en un determinado espacio es válido exclusivamente el orden jurídico de un Estado, fue receptado por Max Huber, en la conocida sentencia arbitral de 1928 sobre la isla de Palmas. Sin embargo, la soberanía territorial no es absoluta sino que reconoce restricciones que operan por aplicación *ipso iure* de normas consuetudinarias del derecho internacional.

El Estado puede, por otra parte, acordar la transferencia, en mayor o menor medida, de sus competencias respecto de una parte de su territorio a otro Estado. La soberanía territorial se mantendrá mientras el Estado que cede sus competencias se reserve el derecho a disponer del territorio estatal. Si el Estado cede ese derecho habrá cedido no sólo la supremacía territorial sino también la soberanía territorial sobre dicho territorio.

El autor reconoce en Verdross a quien distinguió entre *imperium* y *nudum jus*, que más adelante denominó soberanía territorial y supremacía territorial y que esta distinción aparece en la sentencia sobre la concesión de los faros de Creta y Samos de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1937. El desdoblamiento de la soberanía territorial puede generar situaciones de supremacía territorial de diversos grados, en función de las competencias que hayan sido transferidas por el Estado que detenta la soberanía a otro Estado. El autor analiza los arrendamientos hechos por China a fines del siglo XIX.

Para definir el contenido de la soberanía territorial el profesor Barberis se pregunta cuál es el contenido último de la soberanía y para ello recurre a la distinción entre soberanía territorial y supremacía territorial. Cuando se produce un desdoblamiento entre ambas si se aplicara el concepto dado por Kelsen al territorio estatal resulta que dicho territorio formaría parte del Estado que ejerce la supremacía territorial y ello, siguiendo a Suy no se adecua a la realidad. En este punto, el autor entiende que corresponde elaborar una teoría que comprenda tanto los casos de soberanía territorial como aquellos de supremacía territorial.

Define el concepto de territorio del Estado como el ámbito de validez de una norma jurídica específica. ¿Cuál es esa norma? En tanto que el Estado soberano es aquel que tiene la competencia para ceder el territorio estatal a terceros, resulta entonces que un Estado es soberano de un territorio en tanto tiene competencia para transferirlo. Por consiguiente, concluye que "el territorio del Estado es el ámbito de validez espacial de la norma que otorga competencia para transferirlo". El orden jurídico estatal incluye esta norma jurídica específica, la competencia para transferir el territorio estatal forma parte de las competencias que conforman la soberanía territorial y procede a desagregarla de las restantes competencias del Estado y la identifica como aquella competencia en la que reside y se resume la soberanía estatal. La reserva de esta competencia, en términos efectivos y no meramente formales, como expresamente señala el autor, por el Estado territorial permite que el espacio en cuestión continúe siendo territorio estatal de dicho

Estado, independientemente de que se hayan configurado situaciones de supremacía territorial de terceros sobre ese territorio.

El territorio del Estado es el ámbito de validez espacial de una norma jurídica específica, de aquella norma en que reside la soberanía territorial, en tanto que competencia o facultad que posee un Estado respecto de cierto espacio para cederlo a terceros. Por consiguiente, el territorio del Estado es el ámbito de validez espacial de la norma que otorga competencia al Estado para transferirlo. Un Estado es soberano sobre cierto espacio cuando ejerce la soberanía territorial sobre éste, independientemente de que ejerza o no sobre ese espacio la supremacía territorial. Esta conclusión y el camino lógico hacia ella constituyen los aspectos centrales del estudio que, por sí solos, hacen recomendable la lectura de esta obra.

Desde el momento en que el Estado hace cesión parcial de esa competencia deja de ser soberano territorial y se configura el condominio internacional. Por esta razón, el territorio del Estado puede ser el ámbito de validez espacial de más de un orden jurídico. Estos aspectos son desarrollados en los capítulos siguientes.

El capítulo II sobre las características del territorio estatal como ámbito de validez de esta norma específica resalta la identificación del territorio del Estado como un espacio fijo y limitado. El capítulo III desarrolla cómo el derecho internacional determina el espacio que puede constituir el territorio del Estado y lo distingue de aquellos espacios que pertenecen a la comunidad internacional, al decir del autor, como la alta mar o el espacio ultraterrestre. Analiza el espacio terrestre, marítimo, aéreo y el subsuelo. Respecto del primero hace hincapié en una de las manifestaciones de los espacios discontinuos como son los enclaves y reseña los casos particulares que se presentan en los acuerdos de límites de la República Argentina en el río Paraguay y en el río Uruguay. Respecto del mar territorial asigna especial interés a la modificación de la extensión del territorio del Estado mediante actividades humanas en el mar. Compara cómo la soberanía territorial ha sido limitada hasta cierta altura, al espacio aéreo suprayacente al territorio terrestre y marítimo mientras que no existe norma internacional que limite la profundidad hasta la cual el Estado puede extender su soberanía territorial en el subsuelo.

El capítulo IV es dedicado a las normas de derecho internacional que regulan la ampliación y disminución del territorio del Estado, en lugar de utilizar la terminología clásica que se refiere a los modos de adquisición y pérdida del territorio. Entiende que estas normas no pertenecen al *ius cogens* y tienen como fuente de validez el acuerdo expreso de partes o la costumbre internacional. Centra el estudio en la ocupación, las modificaciones naturales y humanas del terreno, la cesión, la adjudicación, la accesoriedad y la costumbre. La ocupación es analizada a partir de los elementos necesarios que deben reunirse para el derecho internacional para que una actividad de un Estado preexistente configure ese modo de adquisición de un territorio: la intervención de personas que actúen como órgano del Estado, únicos que representan al Estado, el carácter de *res nullius* del espacio objeto de ocupación, la actividad efectiva que se materializa en la toma o control por el

Estado de ese espacio, que ésta sea pública, en forma ininterrumpida o continua por un período suficiente para que sea considerada pacífica e indisputada y realizada con *animus domini*. En materia de modificaciones naturales del territorio destaca aquellas relacionadas con el curso de un río limítrofe, de un divisorio de aguas o de la movilidad de las islas fluviales.

La modificación del territorio estatal como consecuencia de la aplicación de normas consuetudinarias es analizada a partir de la consideración del ejercicio posesorio que otorga al Estado el título adquisitivo de soberanía en el territorio respectivo. Considera que los elementos del proceso consuetudinario de creación de normas y del proceso de adquisición de la soberanía mediante el ejercicio posesorio son idénticos. La adquisición de la soberanía mediante el ejercicio posesorio sería un caso específico de creación consuetudinaria de la norma jurídica que otorga al Estado poseedor el derecho de comportarse como soberano respecto del territorio que efectivamente posee. El proceso consuetudinario de formación de normas jurídicas, afirma el profesor Barberis, permite dar una explicación jurídica a las hipótesis en que un Estado que ejerce la posesión de un territorio durante cierto tiempo invoca esta situación como su título de soberanía territorial.

El capítulo V aborda la segunda característica del territorio estatal, la de ser un ámbito de validez espacial limitado de las normas jurídicas estatales. Distingue dos operaciones diferentes: la de delimitación y la de demarcación. La primera en tanto que acto jurídico de creación de normas mediante un tratado, una decisión jurisdiccional, una costumbre o un acto unilateral y la segunda como conjunto de actividades técnicas destinadas a la aplicación en el terreno de las normas delimitadoras, que incluyen la labor de densificación.

La soberanía territorial a la que se dedica el capítulo VI, en tanto que la competencia o facultad del Estado para transferir a terceros un cierto espacio, es estudiada haciendo especial referencia a las restricciones que el derecho internacional general aplica a la soberanía territorial en su aspecto absoluto. Particulariza aquellas que derivan de la existencia de cuencas hídricas internacionales, del derecho de paso inocente por el mar territorial y de la inviolabilidad de las misiones extranjeras. Estas restricciones de fuente consuetudinaria son confrontadas a aquellas situaciones en las que el Estado hace cesión de sus competencias estatales a terceros, en tanto que mantiene la facultad de ceder el territorio, es decir, la mera soberanía territorial del Estado y transfiere la supremacía territorial a terceros. También desarrolla la que denomina presunta soberanía territorial sobre espacios marítimos más allá del mar territorial entendiendo que no se configura la soberanía territorial sobre la base del carácter limitado de los derechos de soberanía del Estado ribereño que el derecho internacional le reconoce en esos espacios.

Señala la diferencia que el derecho de gentes establece entre la competencia normativa del Estado, que puede diferir de la extensión del territorio estatal, y la competencia de ejecución, que está directamente vinculada a la soberanía territorial y que, salvo una norma en sentido contrario, no puede ser ejercida más allá de los límites del territorio estatal.

Dedica el último capítulo a las situaciones en que se configura la supremacía territorial como expresión de los derechos o competencias territoriales que un Estado posee respecto del territorio de un Estado extranjero. Ésta puede tener diversas fuentes, entre ellas un tratado, una costumbre, las normas que regulan los conflictos armados en materia de ocupación militar y de ejercicio de funciones administrativas derivadas de ésta, un acto unilateral del Estado concernido o bien la decisión de una organización internacional. A su vez diferencia entre aquellos casos en que la supremacía territorial se refieren a la administración del territorio en tanto que ejercicio de las funciones estatales en su conjunto, de los casos de servidumbre internacional que se refieren al ejercicio de una determinada competencia territorial respecto de un territorio extranjero. Particulariza los casos de servidumbre internacional que pueden hallarse en el derecho de vecindad.

En suma, a partir de la aproximación tradicional al territorio del Estado y la soberanía territorial, con un fino análisis y ejemplos cuidados y de real interés, el profesor Barberis desarrolla su teoría con vistas a resolver aquellas situaciones en que existe soberanía territorial de un Estado con supremacía territorial extranjera. Una obra de calidad, de lectura obligatoria.

ALAN BÉRAUD *

* Profesor de postgrado de la Facultad de Derecho (UBA) y diplomático.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL
en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro (editado
por Drnas-Lerner con la coordinación de Zlata Drnas de Clément)

La publicación de la obra *Estudios de Derecho Internacional* en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro resulta muy interesante desde dos aspectos:

Uno, porque se realiza un homenaje a una persona que —tal como lo señala la coordinadora del libro— es un jurista y académico de gran nivel intelectual que cuenta con virtudes personales entre las que se destacan su espíritu sereno, generoso y sus altas cualidades morales.

El otro, por la importancia de la obra donde colaboran alrededor de ochenta autores nacionales y extranjeros, entre los que se cuentan profesores, jueces, diplomáticos y estudiosos del derecho internacional público.

En este libro, que está dividido en dos tomos, se han agrupado los artículos presentados por los diferentes autores en distintas áreas temáticas tales como:

Teoría del Derecho Internacional, donde se encuentran agrupados trabajos vinculados al orden jurídico internacional, los actos unilaterales o la introducción a una nomoárquica ambiental, así como estudios relacionados con la aplicación del derecho internacional en algunos estados como Chile y Colombia. Colaboran autores tales como Manuel Pérez González, Lilian del Castillo, Fernando Gamboa Serazzi, Marco Gerardo Monroy Cabra, María Teresa Infante Caffi y Hernán Valencia Restrepo.

Filosofía de la historia e historia. En esta sección se concentraron artículos sobre la historia del derecho internacional y sus distintas influencias. En esta sección escribieron Miguel Ángel Ciuro Caldani, Alberto J. Leonart Amsélem y Antonio Truyol Serra.

Competencias de los Estados. Aquí el lector puede encontrar trabajos sobre soberanía, territorio, límites, globalización y el tratamiento específico de cuestiones puntuales vinculadas, en particular, con el territorio, escritos por Heber Arbuet-Vignali, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Julio A. Barberis, José A. Corriente Córdoba, Juan Manuel de Faramiñán Gilbert, Santiago Benadava, Enrique Ferrer Vieyra, Gladys Sabia de Barberis, Carlos Espósito y Horacio Daniel Piombo.

Derecho del mar. Los artículos presentados hacen referencia a cuestiones actuales vinculadas con la interpretación, aplicación —tanto en doctrina como a casos concretos— de las normas legales vigentes. Colaboran Tullio Treves, Julio César Lupinacci, Rafael Casado Raigón, Frida Armas Pfrter, Hugo Llanos

Mansilla, José Antonio de Yturriaga Barberán, Vicente Marotta Rangel, Tullio Scovazzi y Pablo Antonio Fernández Sanchez.

Responsabilidad internacional. Bajo este título se han colocado trabajos de carácter general y otros vinculados a su relación específica con crímenes internacionales, terrorismo y represalias. Participan Nila Torres Ugena, Jorge Cardona Llorens, Cesáreo Gutiérrez Espada, Hortensia D.T. Gutierrez Posse, María del Luján Flores, Zlata Drnas de Clément, Calixto A. Armas Barea y Francisco Villagrán Kramer.

Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Hay una gran variedad de artículos de carácter general, en algunos se estudia la relación, vinculación e interdependencia de los derechos humanos y el derecho internacional general; el sistema de protección interamericano, el europeo, así como casos puntuales vinculados con Croacia, España o el medio ambiente. También se desarrolla la protección del medio ambiente desde el derecho de los conflictos armados. Han colaborado Juan Antonio Carrillo Salcedo, Celso de Albuquerque Mello, Antonio Augusto Cançado Trindade, Héctor Gros Espiell, Nicole Stoffel Vallotton, Rafael Nieto-Navia, Marcelo G. Kohen, Natan Lerner, Budislav Vukas, Carlos Jiménez Piernas, Lucius Cafilisch, Victoria Abellán Honrubia, Antonio Fernández Tomás, Araceli Mangas Martín, Alberto A. Herrero de la Fuente, José Juste Ruiz.

Organización internacional. Aquí nos encontramos con novedosos artículos de juristas que se ocupan del mundo de mañana y de la perspectiva del derecho internacional en el nuevo siglo o de la Organización Mundial de Comercio, así como de la negociación internacional o de la democracia representativa. Colaboran en esta sección Pedro J. Frías, Francisco Orrego Vicuña, Antonio Remiro Brotons, José María Gamio, Rodolfo Cruz Miramontes, Sergio Marchisio, Manuel Hinojo Rojas, Juan Carlos M. Beltramino y Julio Barboza.

Derecho de la integración. También se agrupan bajo este título una importante cantidad de trabajos que abarcan desde un marco general hasta casos específicos en el Mercosur o en la Unión Europea. Bajo este enfoque presentaron artículos Luis Ignacio Savid-Bas, Waldemar Hummer, Belter Garré Copello, Cástor Miguel Díaz Barrado, Eduardo Tellechea Bergman, Adriana Dreyzin de Klor, Graciela R. Salas, María Teresa Ponte Iglesias, Antonio Martínez Puñal, Alain Gandolfi, Manuel Díez de Velasco, José Manuel Peláez Marón, Ricardo Alonso García, José Manuel Sobrino Heredia, Jean-Victor Louis, Diego P. Fernández Arroyo, Fernando Mariño Menéndez, Antonio Marín López y José Puente Egido.

En el caso particular de profesores de esta casa de estudios, especializados en el derecho internacional y que se encuentran dictando la asignatura, he de mencionar el artículo presentado por la Dra. Hortensia D.T. Gutierrez Posse con relación a "El Estado y sus agentes en la comisión de crímenes internacionales" donde se ocupa luego de una breve introducción de darle un marco teórico de acuerdo con la estructura del sistema de derecho internacional positivo a partir de

la Carta de las Naciones Unidas a las violaciones de una norma internacional por el sujeto obligado, para luego analizarlo en una segunda parte desde el aspecto práctico para obtener, más adelante, sus propias conclusiones.

Otro trabajo es el de la profesora Lilian del Castillo titulado "Comentarios sobre el Derecho Internacional de los actos jurídicos unilaterales" donde describe al acto jurídico unilateral y luego va considerando y desarrollando algunos supuestos particulares para llegar al Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que se agrega como anexo.

Así como el comentario de la Dra. Frida Armas Pfrter en "El caso *Grand Prince* ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar" donde luego de una introducción cuenta los hechos y los argumentos esgrimidos por Belice y Francia para continuar desarrollando el fallo y, después, dar sus propias conclusiones.

Otro párrafo merecen los trabajos de profesores que han pasado por esta Facultad, tales como el presentado por el embajador Julio Barboza, quien escribe sobre "La democracia representativa en el sistema interamericano", o el del Dr. Julio A. Barberis quien desarrolla "Los límites del territorio del Estado" o "La fórmula del paraguas de soberanía y el derecho del mar" escrito por la Dra. Gladys Sabia de Barberis.

Luego de esta descripción sólo me resta invitar a los estudiantes, profesores, investigadores y, en particular, a todos los estudiosos del derecho internacional y del derecho en general a consultar esta obra que en forma actualizada y novedosa desarrolla distintas temáticas que fueron abordadas por especialistas de primer nivel, tanto de la Argentina como del mundo.

SUSANA NOVILE *

* Profesora de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho (UBA).

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
DEL CONTRIBUYENTE – A PARTIR DEL PRINCIPIO DE
RESERVA DE LEY TRIBUTARIA
(Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002)

de JOSÉ OSVALDO CASÁS

Pocas disciplinas jurídicas han tenido en nuestro país tanto desarrollo como el derecho constitucional tributario, materia sobre la que el autor ha contribuido con numerosos trabajos. Pero sin duda que ésta no es una más del profesor titular regular de Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. José Osvaldo Casás, sino que es su tesis doctoral, aprobada por el jurado de tesis por unanimidad con una calificación de 10 (diez) “sobresaliente”, con recomendación para el Premio Facultad, según surge del dictamen cuya transcripción se incorpora “A modo de prólogo”.

Confesamos que su lectura nos produjo un verdadero placer, pues el autor no se limita a una exposición metódica y bien documentada de los temas, sino que en cada punto compromete su opinión, avalándola con abundantes argumentos jurídicos y en algunos casos axiológicos, algo poco frecuente.

Formalmente la obra se divide en once capítulos, a los que se agrega un listado de fallos de la CSJN ordenados cronológicamente desde el año 1863 hasta 2001, y de las Constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también una extensa bibliografía, lo que demuestra el esmero puesto por el autor para la edición.

El capítulo I contiene una verdadera teoría general del derecho constitucional tributario, temas como los relativos a su denominación, concepto y contenido. Analiza Casás los aportes doctrinarios realizados por diversos autores nacionales y extranjeros y por el del “derecho judicial” en especial el de los países en los que existe un sistema de control constitucional concentrado como en Alemania, Italia, Portugal y España.

Considera que el contenido del derecho constitucional tributario, podría resumirse en dos grandes cuestiones: a) Los derechos y garantías individuales, contenidos en los cuarenta y tres primeros artículos de la Primera Parte de la Constitución Nacional que consagra el “derecho constitucional de la libertad” que junto con el “derecho constitucional del Poder” de la Segunda Parte del mismo

cuerpo legal, conforman un verdadero "*bill of rights*", que sirve de límite a la potestad tributaria del Estado, y b) La distribución de las potestades tributarias normativas, aplicativas y sobre el producto, entre los distintos "planos de gobierno" en la Argentina, así como el sistema de coordinación financiera y armonización tributaria adoptado, especialmente a partir de la reforma de la CN de 1994.

En el capítulo II, el autor se detiene en el estudio de los "derechos y garantías del contribuyente" que, considerados como sistema, conforman el "estatuto del contribuyente", como límite y cause del poder tributario. Distingue el "estatuto constitucional del contribuyente", integrado por los derechos y garantías que en forma explícita o implícita contienen las Cartas fundamentales, del "estatuto legal del contribuyente", de naturaleza infraconstitucional, cuya sanción ha merecido numerosas críticas en especial en España, las que el autor no comparte, no obstante reconocer que a veces conduzcan a una "clonación" de preceptos ya existentes. Finaliza analizando en forma detallada cada uno de los principios limitativos y/o restrictivos de las potestades tributarias en el orden federal y/o local en la Argentina.

A partir del capítulo III, el autor entra al tema que constituye el núcleo o eje de la obra y que figura como subtítulo del libro, es decir el principio de "reserva de ley tributaria". En los primeros puntos se considera la terminología utilizada y los conceptos vertidos por la doctrina y la legislación sobre esta regla, cuestión que estima trascendente pues de ello depende su extensión y alcance. Concluye que, atento a que la potestad tributaria normativa en materia de derecho tributario sustantivo o material debe ser ejercido mediante ley formal-material, es decir como competencia privativa del "órgano constitucionalmente investido de la función legislativa", la denominación correcta es la de "principio de reserva de ley" y no de "legalidad". Entiende que nuestra Ley Fundamental consagra la "reserva de ley" propiamente dicha, con carácter "rígido e indelegable por ley ordinaria", tanto en forma explícita (positiva, negativa o bivalente), como implícita. Compara luego el principio de "reserva de ley", con los de "estricta legalidad" y de "juridicidad", estableciendo sus diferencias.

Los fundamentos del principio de "reserva de ley tributaria", son expuestos en el capítulo IV, el que contiene un exhaustivo estudio de las argumentaciones expuestas por las distintas teorías tanto nacionales como extranjeras, que pretenden otorgarle sustento ya sea en la autoimposición, en la división de poderes, en la función garantista de la libertad individual, en el derecho de propiedad, en el bienestar general o en el perfeccionamiento del derecho. Casás concluye que ninguna de esas argumentaciones pueden ser tomadas como únicas y exclusivas, porque son "parcialmente incompletas, débiles o pasibles de refutación", por lo que sólo podrá otorgarse una justificación válida, "sin fisuras", "plena y precisa", si las tomamos en su conjunto, como causales concurrentes.

En el capítulo más extenso del libro, el V, el autor realiza un detenido examen de los diversos sistemas de "reserva de ley tributaria" en el derecho compara-

do, según los textos constitucionales y las opiniones de la doctrina, tipificándolos conforme a sus características, en "ortodoxo, rígido o absoluto", "atenuado, flexible o relativo" y "agravado", además de algunos que presentan particularidades atípicas. Sitúa a la Constitución de la Nación Argentina en estado puro, dentro del sistema "ortodoxo, rígido o absoluto", lo que exige el dictado de una ley formal-material, es decir sancionada por los órganos legislativos de cada ente público con potestad tributaria, que contenga la caracterización íntegra de todos los componentes de naturaleza sustantiva o material del tributo.

No obstante entiende que, en términos de la "constitución real" y conforme al "derecho judicial", la vigencia efectiva de la regla ha experimentado cierto grado de flexibilidad, transgresiones que no obstante su "palmaria inconstitucionalidad" no implicaron creación de tributos "ex novo".

Al analizar el sistema "atenuado o flexible", hace referencia a las Constituciones de Italia, Portugal, España, México y Brasil, para detenerse posteriormente en los reglamentos o decretos "delegados" y de "necesidad y urgencia", tal como lo prevé nuestra Carta Fundamental. Respecto de los "reglamentos o decretos delegados", contemplados en el art. 76, sostiene que la "delegación propia" está absolutamente vedada, mientras que la "impropia" es admitida siempre que se refiera a determinados tributos (ej.: impuestos aduaneros o al consumo), y se trate de correcciones que demanda la coyuntura económica y las necesidades recaudatorias. Además deben limitarse a los montos fijos, alícuotas o tarifas tributarias, fijándose un mínimo y un máximo predeterminado, enmarcarse dentro de una determinada política legislativa y exigirse un pronunciamiento posterior expreso por parte del Poder Legislativo. Cumplidos estos requisitos, considera que "no existe necesidad de que el Estado invoque o formalmente declare, la emergencia pública".

Considera que se encuentra vedado al Poder Ejecutivo legislar en materia tributaria mediante "reglamentos o decretos de necesidad y urgencia", conforme lo establece en forma expresa el art. 99 inc. 3° de la Ley Fundamental.

En el capítulo VI, Casás analiza las implicancias del principio de "reserva de ley" con respecto a los distintos tipos o especies de tributos. Se introduce en el tema haciendo referencia a las distintas definiciones de tributo en la doctrina argentina e iberoamericana, inclinándose por un concepto lato, que permite incluir dentro del mismo no solamente las categorías clásicas de impuesto, tasas y contribuciones especiales (contribución de mejoras, peaje y contribuciones parafiscales), sino también otros recursos del Estado, que independientemente del *nomen juris* asignado, implican "prestaciones patrimoniales coactivas". En esa línea de razonamiento, incluye los monopolios fiscales, la emisión monetaria, los empréstitos y los tributos encubiertos.

La cuestión referida a "El principio de reserva de ley y los elementos constitutivos del tributo", se desarrolla en el capítulo VII. La exposición se inicia abordando los conceptos de obligación tributaria, de hipótesis de incidencia y

del hecho imponible, para llegar luego al núcleo temático referido al alcance y extensión de la "reserva de ley", relacionándolo con los elementos estructurales de la hipótesis de incidencia. Considera que sólo la ley formal-material puede precisar: a) El elemento material (por su correlación con el principio de "tipicidad" y la regla de la "taxatividad"; b) El "elemento personal", es decir los responsables por deuda propia y ajena; c) El elemento temporal, cuestión esencial por estar vinculada al perfeccionamiento del hecho imponible, la vigencia de la ley tributaria en el tiempo, prescripción, curso de los intereses, etc.; d) El "elemento cuantificante", que permite fijar el *quantum debeatur*. Sostiene el autor que el principio de "reserva de ley tributaria" es rígido en lo referente a la fijación de la base imponible, pero flexible respecto de las alícuotas, pues en virtud de la "delegación impropia" puede autorizarse al Poder Ejecutivo para establecerlas, con las limitaciones que se mencionan en el Capítulo V; e) Las exenciones, exclusiones y beneficios tributarios; f) Establecer directa o indirectamente los límites y criterios a desarrollar por las normas complementarias, en lo referente a los deberes formales; g) Fijar las infracciones y sanciones tributarias, sin utilizarse tipos abiertos o leyes penales en blanco.

Observamos que no se incluye el "elemento espacial" de la "hipótesis de incidencia", el que entendemos también debe quedar comprendido dentro de la "reserva de ley".

En el capítulo VIII, Casás trata el tema relativo a la "Interpretación y reserva de ley tributaria". A modo de introducción, se refiere en general a la interpretación de las normas según la teoría general del derecho, y, en especial, el derecho tributario. Se plantea el dilema de si en esta rama del Derecho, son aplicables todos los métodos conocidos por la ciencia jurídica o debemos emplear métodos específicos, como el "funcional" de Griziotti o el de la "significación económica" de Enno Becker. El autor llega a la conclusión de que no siendo las normas tributarias "odiosas, restrictivas de los derechos individuales o de excepción", deben ser interpretadas por todos los métodos interpretativos comunes a todas las ramas del derecho, incluso el restrictivo o extensivo, tanto en lo relativo a la hipótesis de incidencia tributaria, como a las exenciones y beneficios tributarios.

Se pronuncia, finalmente, en contra de la "integración analógica" de la norma tributaria sustantiva, por agravar el principio de "reserva de ley" y la regla de la división de los poderes, diferenciándola de esa manera de la interpretación extensiva.

El Capítulo IX se refiere a un tema de gran significación en el derecho tributario, como es el de "Irretroactividad y reserva de ley". Sostiene el autor que, conforme a nuestra Ley Fundamental, la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN, la "interdicción de retroactividad" de las normas de derecho tributario sustantivo o material, deriva del plexo de derechos y garantías constitucionales que conforman el estatuto del contribuyente" y que están presentes en el Estado de Derecho, como los principios de "reserva de ley" en sentido "amplio" —que requiere la

existencia no sólo de una ley formal-material, sino que ella sea previa al hecho generador—, la forma republicana de gobierno, la capacidad contributiva, el derecho de propiedad, la garantía innominada de razonabilidad, la interdicción de arbitrariedad y la seguridad jurídica.

Termina este capítulo con un acertado análisis sobre los efectos de la “interdicción de retroactividad” sobre las leyes interpretativas o aclaratorias y los cambios de interpretación administrativa y jurisdiccional.

Otro valioso aporte al derecho tributario realiza Casás, al tratar con la minuciosidad que lo caracteriza, la cuestión relativa a los “Mecanismos de la democracia semidirecta y reserva de ley tributaria” (capítulo X).

Luego de exponer sobre la evolución ocurrida desde la “democracia representativa pura” hacia la “democracia participativa” en la doctrina y en el derecho constitucional comparado, estudia los mecanismos de “democracia semidirecta” introducidos en la reforma de la Constitución Nacional de 1994, en las Constituciones provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como la “iniciativa popular” y la “consulta popular” vinculante o no vinculante. Observa que la reforma de la Carta Fundamental de 1994, siguiendo el criterio prevaleciente en la legislación comparada, excluye la posibilidad del empleo de tales instrumentos en cuestiones referidas a los tributos, en el caso de la “iniciativa popular” en forma expresa en su art. 39, y en el supuesto de la “consulta vinculante o no vinculante”, si bien en el art. 40 no se prohíbe en forma directa, al sancionar el Congreso de la Nación la ley 25.432 que reglamenta las materias, procedimientos y oportunidades en que podrá realizarse, así lo establece.

Entiende el autor que, de la interpretación armónica del art. 1º de la precitada ley, con el art. 52 de la Constitución de la Nación, surge que en materia de tributos está vedado recurrir a la “consulta popular” en cualquiera de sus formas. Considera un acierto el criterio adoptado por los constituyentes y los legisladores, pues aleja el tema de “toda prédica facilista o demagógica”.

El último capítulo (XI) está destinado al análisis de la “Legislación *de facto*”, cuestión que en la Argentina ha tenido una especial significación por la reiterada quiebra del orden constitucional a partir de 1930. Da cuenta Casás de la evolución de los criterios de la CSJN sobre la legislación *de facto*, tratando en particular la situación jurídica de esta legislación luego de la rehabilitación de las instituciones constitucionales. Sobre el particular sostiene, que toda legislación extraparlamentaria *de facto*, puede ser derogada por el Congreso *ex tunc*, interpretación que es avalada por el actual art. 36 de la Constitución argentina. Comparte además la doctrina mantenida por la CSJN desde diciembre de 1983 hasta 1990, en el sentido de que la validez de las normas emanadas del Poder Ejecutivo *de facto*, están condicionadas a que “expresa o implícitamente”, el gobierno que constitucionalmente lo suceda, las ratifique o las deseche.

No podemos concluir este comentario sin destacar dos características que están presentes en toda la obra: 1º) La abundante jurisprudencia de la CSJN cita-

da; 2º) La permanente referencia a los textos constitucionales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Con esta obra, Casás proporciona una visión profunda, exhaustiva e integradora de los derechos y garantías del contribuyente y en especial del "principio de reserva de ley tributaria", que permite aquilatar sus conocimientos sobre la materia, su agudeza de juicio y su madurez intelectual. Como ocurre con las grandes obras, se podrá o no compartir las opiniones del autor, pero nunca ignorarlas.

JOSÉ CARLOS BOCCHIARDO*

* Profesor titular regular de Finanzas y Derecho Tributario, Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba).

LAS MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (Ábaco, Buenos Aires, 2002)

de PABLO O. GALLEGOS FEDRIANI

Creemos oportuno comenzar este breve comentario de la obra del Dr. Gallegos Fedriani destacando la actualidad del tema abordado, en atención al desarrollo exponencial que ha adquirido la medida cautelar en nuestro ordenamiento jurídico y su creciente utilización en los procesos contra la Administración Pública. En este sentido, es dable señalar la recepción en nuestra jurisprudencia de la llamada "medida autosatisfactiva" y el reconocimiento de "medidas provisionales o cautelares" en el orden nacional e internacional, temas que el autor analiza en detalle. En el aspecto cuantitativo vale resaltar, a modo de ejemplo, que mientras en el año 1995 se habían iniciado en el fuero Contencioso Administrativo Federal 137 procesos bajo la denominación "medida cautelar autónoma", hacia el año 2001 dicho número había crecido hasta alcanzar las 462 causas ¹. Podemos afirmar, como asevera el autor, que vivimos el tiempo de las medidas cautelares y los procesos urgentes dentro del derecho procesal posmoderno.

A una destacada actividad académica ² el Dr. Pablo O. Gallegos Fedriani le agrega su vasta experiencia como magistrado, habiéndose desempeñado como juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal y actualmente como integrante de la Sala V de la Cámara Federal de Apelaciones y presidente del citado Fuero.

En la primera parte de la obra se analizan los principios generales y caracteres del proceso cautelar, tanto desde el enfoque de la acción, del proceso, como de la sentencia o providencia. A continuación se efectúa una clasificación de las medidas cautelares que, lejos de perderse en sinuosas disquisiciones semánticas, tiene por cometido diferenciar pragmáticamente las distintas posibilidades

¹ Fuente: Consejo de la Magistratura – Oficina de Estadísticas.

² El autor es profesor regular adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor del Curso de Especialización en Derecho Administrativo Económico en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA). Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

procesales de acuerdo con el fin perseguido. En los capítulos IV y V se abordan los criterios generales de concesión de las medidas cautelares y los requisitos para su procedencia. Teniendo en consideración que la actividad cautelar ha de desarrollarse contra la Administración Pública resulta ineludible el tratamiento del concepto del *interés público*. A contrario del razonamiento de quienes sitúan a este último en oposición al interés del particular, el autor consagra al interés público como causa y medida de la actividad cautelar, reservando a la adecuada razón y experiencia del juez el logro del justo equilibrio con que ha de administrarse justicia.

La obra no desdeña aspectos procesales tales como el juez competente, la responsabilidad del solicitante de la medida cautelar, los efectos de la medida respecto de la perención del juicio principal y la procedencia del recurso extraordinario en materia cautelar. Todo ello con el sustento de jurisprudencia actualizada de la Corte Suprema de Justicia y las diversas Cámaras de Apelaciones Federales³.

En el capítulo VII se hace mención a la medida cautelar y al amparo, estableciendo sus similitudes y diferencias. Entendemos que su estudio es de suma utilidad en estos tiempos en que la avalancha de procesos iniciados con motivo del denominado "corralito financiero" ha desdibujado los límites de ambos y desvirtuado muchos de los conceptos establecidos. En este sentido el estudio de temas tales como la apelación deducida contra la medida cautelar decidida en el marco de un amparo o la coincidencia de la cautelar con su objeto merecen una revisión con prescindencia de la distorsión ocasionada por la coyuntura.

En los capítulos VIII al XI se da un tratamiento específico a las diversas medidas cautelares. Así desfilan ante nosotros la medida cautelar innovativa, la medida autosatisfactiva, la cautelar autónoma y una típica medida del contencioso-administrativo: la medida precautelar. En todos los casos se ahonda en sus aspectos conceptuales y formales, con una remisión comparativa a los ordenamientos de las jurisdicciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la provincia de Buenos Aires y las restantes provincias.

En el último tramo de la obra se trata en extenso un tema capital para el contencioso-administrativo: la suspensión del acto administrativo como medida cautelar. Se estudia la cuestión desde tres ópticas: con fundamento en el artículo 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en los arts. 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial, y en virtud de la acción de amparo prevista en la ley 16.986. Asimismo, se analiza la suspensión de los efectos del acto administrativo en la jurisdicción nacional y los sistemas provinciales.

³ El autor cita numerosos fallos de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Cámara Federal de Seguridad Social y Cámara Federal de La Plata, entre otras.

Finalmente, la obra cierra con una reseña de la justicia cautelar en el ámbito del Mercosur, así como también en los sistemas jurídicos de Venezuela, Uruguay, España e Italia. Todo lo cual nos indica la seriedad y profundidad del trabajo del Dr. Pablo O. Gallegos Fedriani, que convierten a esta obra en imprescindible para el estudio de la materia.

ANDRÉS M. USLENGHI *

* Profesor de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho (UBA).

ISBN 950-20-1542-8



9 789502 015422

