

Paula Vernet / Leopoldo M. A. Godio
Tamara G. Quiroga / N. Gladys Sabia de Barberis
María del Rosario de la Fuente

ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

El caso Federación de Rusia-Ucrania

ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS
CONFLICTOS ARMADOS
El caso Federación de Rusia - Ucrania

ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS
CONFLICTOS ARMADOS
El caso Federación de Rusia - Ucrania

PAULA VERNET / LEOPOLDO M. A. GODIO /
TAMARA G. QUIROGA / N. GLADYS SABIA DE BARBERIS /
MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE

2023

Aspectos jurídicos de los conflictos armados : el caso Federación de Rusia-Ucrania / Paula Vernet ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2023.

148 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-1558-30-8

1. Derecho. 2. Derecho Internacional. 3. Derecho Internacional Público. I. Vernet, Paula.

CDD 341.5

*Las opiniones de los autores son a título personal
y no comprometen a institución oficial alguna*

Impreso en Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723

© Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2023
Uruguay 1037, piso primero
C1016ACA Buenos Aires, Argentina
Teléfono 4811-0071 al 74

Diseño de tapa: *Mario Modugno*
Corrección: *Eunice Linkevicius*
Diagramación: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial
Derechos reservados

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| UN ENFOQUE CREATIVO PARA INVOCAR LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. EL CASO UCRAANIA C. RUSIA <i>PAULA VERNET</i> | 9 |
| TRIBUNALES ARBITRALES ESTABLECIDOS POR LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DE 1982 <i>LEOPOLDO M. A. GODIO</i> | 29 |
| EL CONFLICTO ENTRE UCRAANIA Y RUSIA, LA (DES) ACTIVACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS ALTERNATIVAS PROCESALES EN SU REEMPLAZO <i>TAMARA G. QUIROGA</i> | 49 |
| LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN TERRITORIOS OCUPADOS <i>N. GLADYS SABIA DE BARBERIS</i> | 71 |
| A 90 SEGUNDOS DE LA HECATOMBE NUCLEAR <i>MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE</i> | 123 |

UN ENFOQUE CREATIVO PARA INVOCAR LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. EL CASO UCRANIA C. RUSIA

PAULA VERNET*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La competencia de la Corte Internacional de Justicia. 3. La cuestión de la jurisdicción en los casos Ucrania c. Rusia. 4. Los casos Ucrania c. Rusia ante la CIJ. 5. Conclusión.

1 Introducción

Una de las principales diferencias entre el derecho internacional y el derecho interno es que la jurisdicción en el primero es voluntaria, es decir, que un Estado puede demandar a otro ante un tribunal internacional sólo si el Estado demandado ha expresado su consentimiento acerca de la jurisdicción de ese tribunal. Para quienes se aproximan por primera vez al derecho internacional esto genera inmediatamente sorpresa y dudas acerca de la eficacia del método de solución de controversias, cuando no, del ordenamiento jurídico internacional en general.

El derecho internacional es un sistema descentralizado, por lo tanto, no existe un órgano jurisdiccional obligatorio, ni un único órgano jurisdiccional. El principio de este siglo estuvo signado por la preocupación por la proliferación de tribunales internacionales y la fragmentación sustantiva del derecho internacional, sin embargo, no se trataba de un nuevo fenómeno, el derecho internacional siempre ha carecido de una jerarquía normativa e institucional clara.

En efecto, la comunidad internacional ha creado una densa red de regímenes internacionales, tratados multilaterales y organizaciones internacionales para gestionar sus asuntos, a la vez que una multiplicidad de tribunales con distintas competencias que proporcionan foros para la

* Profesora de derecho internacional público UBA, UCA, Austral y ESGN.

solución pacífica de las controversias. Al mismo tiempo, la densidad de instituciones puede producir una superposición de propósitos y, en ocasiones, competencias contrapuestas. Pero a su vez, los Estados pueden elegir entre diferentes foros en los que defender sus derechos.

Esto trae aparejado algunas consecuencias, por un lado, el riesgo del fórum shopping, por el otro que las controversias no sean planteadas de manera integral ante un único tribunal, sino que aspectos de una misma situación sean juzgados ante diferentes tribunales. Esto último ocurre en general porque existen tribunales con distintas competencias en *ratione materiae* y *ratione personae*.

Pero este fenómeno no se produce sólo porque existe variedad de tribunales, la fragmentación del derecho internacional ha generado que un mismo Tribunal deba juzgar una idéntica situación fáctica a la luz de distintos tratados internacionales y esto está íntimamente relacionado con la cuestión de la jurisdicción.

Como la jurisdicción es voluntaria, cuando un Estado quiere llevar un caso ante una Corte determinada, no siempre cuenta con el consentimiento del otro Estado para hacerlo. Sin embargo, a pesar de la aparente dificultad que implica contar con una base de jurisdicción, los Estados suelen recurrir a tribunales internacionales para solucionar sus controversias y exigir reparación por violaciones al derecho internacional, sobre todo cuando se trata de Estados pequeños o con poco peso político que se enfrentan a Estados más poderosos y que, por lo tanto, a falta de otros recursos de autotutela, encuentran en los tribunales internacionales el refugio necesario para hacer valer sus derechos. Este podría ser el caso de Ucrania y Rusia.

La cuestión de la jurisdicción genera que las Cancillerías deban volverse creativas a fin de diseñar la mejor estrategia para defender sus derechos¹. Desde la anexión de Crimea por parte de Rusia en 2014, Ucrania

¹ Un ejemplo podría ser cómo la Argentina recuperó la Fragata Libertad, una situación que comenzó debido la ejecución de una sentencia de Nueva York, en foros locales en Ghana por el cobro de deuda soberana y viró hacia la solicitud de medidas provisionales ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, pendiente la constitución del tribunal arbitral en la Corte Permanente de Arbitraje.

ha realizado esfuerzos para plantear la situación ante diferentes tribunales internacionales, con el objetivo de que se condene a Rusia por sus violaciones al derecho internacional. Existen casos ante la Corte Europea de DDHH, ante la CIJ, e incluso la Corte Penal Internacional.

Ucrania y Rusia no contaban con un tratado general que confiriera jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia, ni una aceptación de la jurisdicción obligatoria por parte de ambos, por lo que la jurisdicción planteaba un obstáculo para llevar a Rusia ante el órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas. En este breve trabajo repasaremos cómo se puede activar la jurisdicción de la Corte, analizaremos los dos casos planteados por Ucrania ante la CIJ, examinaremos el enfoque creativo utilizado por Ucrania en cada caso y discutiremos acerca de la respuesta de la Corte a dicho enfoque.

2 La competencia de la Corte Internacional de Justicia

La CIJ ejerce dos tipos de competencias, contenciosa y consultiva. La competencia consultiva se trata de solicitudes de opiniones sobre cuestiones jurídicas que pueden remitirle la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y órganos u organismos especializados de las Naciones Unidas, autorizados por la Asamblea General², pero no los Estados. La competencia contenciosa, en cambio, se refiere a controversias jurídicas únicamente entre Estados. En este trabajo nos limitaremos a analizar la competencia contenciosa, el estudio de la competencia consultiva ya fue objeto de un exhaustivo trabajo publicado por este Instituto³.

2.1 Competencia contenciosa

Con respecto a la competencia *ratione personae*, sólo pueden acceder a ella los Estados⁴ y no otros sujetos de derecho internacional. Los

² Art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas.

³ SABIA DE BARBERIS, N.G., “Opiniones consultivas obligatorias de la Corte Internacional de Justicia o ¿efectos obligatorios de ciertas opiniones consultivas?” en *Temas Jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*, Instituto de Derecho Internacional (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), DP Argentina Editora, CABA-Argentina, 2017, pág. 23 a 58.

⁴ Artículo 34(1) del Estatuto de la CIJ.

Estados Miembros de las Naciones Unidas, otros Estados Parte del Estatuto de la Corte o Estados que han aceptado su jurisdicción bajo ciertas condiciones⁵ pueden ser parte en casos contenciosos.

La Corte es competente para conocer de una controversia sólo si los Estados interesados han aceptado su competencia. La base de la jurisdicción es el consentimiento de los Estados Parte en una controversia. El consentimiento puede expresarse de una de las siguientes maneras⁶:

I. Mediante un tratado:

A. Acuerdo especial

Celebrando un acuerdo especial para el caso concreto para presentar la controversia después de que haya surgido

B. Cláusula jurisdiccional

Mediante la inclusión de una cláusula jurisdiccional en un tratado. Esto es, cuando los Estados son partes en un tratado que contiene una disposición por la cual, en caso de controversia de un tipo determinado o de desacuerdo sobre la interpretación o aplicación del tratado, una de ellas puede remitir la controversia a la Corte. De esta manera los Estados Parte se comprometen, de antemano, a someter a la Corte cualquier controversia relativa a la aplicación e interpretación de ese tratado.

II. Mediante una declaración unilateral

Se trata de declaraciones hechas conforme al Artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ. A través del efecto recíproco de las declaraciones hechas por ellos en virtud del Estatuto, mediante las cuales cada uno ha aceptado la competencia de la Corte como obligatoria en caso de controversia con otro Estado que haya hecho una declaración similar. Es decir se acepta la jurisdicción respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma

⁵ El Consejo de Seguridad por Resolución 9 (1946) estableció que un Estado no parte del Estatuto puede acceder a la Corte cuando “ese Estado haya depositado previamente ante el Secretario de la Corte una declaración por la que acepta la jurisdicción de la Corte, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con las condiciones del Estatuto y del reglamento de la Corte, y por la que se compromete a cumplir de buena fe la decisión o las decisiones de la Corte y a aceptar todas las obligaciones que incumben a los Miembros de las Naciones Unidas en virtud del Artículo 94 de la Carta”.

⁶ Estatuto de la CIJ art. 36. Ver también el Manual sobre la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia: modelos de cláusulas y formulaciones tipo [<https://www.icj-cij.org/es>; 15 de septiembre 2023]

obligación en todas las controversias legales relativas a las cuestiones especificadas en el artículo 36 (2) del Estatuto⁷.

Estas declaraciones deben depositarse ante el Secretario General de las Naciones Unidas y pueden contener reservas que excluyan determinadas categorías de controversias.

Este método de conferir competencia a la CIJ también se conoce como Cláusula Opcional.

III. Forum prorogatum

De conformidad con la doctrina *Forum Prorogatum*, la Corte infiere que tiene consentimiento del Estado, expresado de manera informal e implícita, y después de que el caso ha sido sometido a su conocimiento. El Tribunal ha confirmado su competencia incluso cuando el consentimiento se haya dado después de la iniciación del procedimiento, de forma implícita o de manera informal o por una sucesión de actos.

Si bien la jurisdicción de la Corte se basa en el consentimiento de los Estados en la controversia, la jurisdicción no es meramente potestativa, es decir que una vez aceptada la jurisdicción de la Corte e incoado un procedimiento, el Estado demandado no puede retirar dicho consentimiento. Si un Estado que haya aceptado la jurisdicción de la Corte considerara que esa jurisdicción no es aplicable porque en su opinión no existe controversia con ese otro Estado, o porque, si la hay, no tiene carácter jurídico, o porque su consentimiento de reconocer la jurisdicción de la Corte no es aplicable a la controversia de que se trate, puede objetar la jurisdicción de la Corte respecto de la controversia o su admisibilidad.

⁷ Los Estados Parte en el presente Estatuto podrán en cualquier momento declarar que reconocer como obligatoria ipso facto y sin acuerdo especial en relación con cualquiera de los Estados que acepten las mismas obligaciones, la jurisdicción del tribunal en todas las disputas legales relacionadas con:

- a) la interpretación de un tratado;
- b) cualquier cuestión de derecho internacional;
- c) la existencia de cualquier hecho que, de establecerse, constituiría un incumplimiento de una obligación internacional;
- d) la naturaleza o alcance de la reparación que debe hacerse por el incumplimiento de una obligación internacional.

En virtud del principio *Compétence de la Compétence*, la Corte es quien tiene la facultad de determinar su propia competencia⁸ y decide el asunto en un fallo preliminar.

3 La cuestión de la jurisdicción en los casos Ucrania c. Rusia

A pesar de que gran parte de la comunidad internacional condena las acciones de Rusia y entiende que existe una violación al derecho internacional, para poder acceder a un medio de solución de controversias jurisdiccional, como dijimos, hace falta tener una base de jurisdicción.

Como adelantamos, en el derecho internacional no existe un único tribunal internacional, sino que este sistema descentralizado cuenta con múltiples cortes y tribunales que tienen distintas competencias. Esto muchas veces lleva a que una situación, en lugar de ser tratada de manera integral, se vea desagregada en distintas demandas ante un número de diferentes tribunales que aplican regímenes de responsabilidad diferentes⁹.

Pero la cuestión se suscita no solo ante distintos tribunales, en algunas oportunidades incluso se plantean múltiples, pero determinados aspectos del conflicto ante el mismo tribunal. Esto se debe, frecuentemente, a que el Estado no tiene una base de jurisdicción para someter la verdadera controversia, o la controversia general, pero sí algunas cuestiones específicas. Este problema se evidencia en la disputa entre Ucrania y Rusia¹⁰.

Las controversias en sentido amplio son: en 2014, la anexión de Crimea y el apoyo de Rusia a los separatistas de la región de Donbass y en 2022, el uso de la fuerza por parte de Rusia contra el territorio de Ucrania,

⁸ Artículo 36(6) del Estatuto de la CIJ.

⁹ Para un análisis sobre esta cuestión ver: LUTERSTEIN, N.M “La intervención de los tribunales internacionales en tiempo de conflicto armado: la doble dualidad de responsabilidad en los casos entre la Federación Rusa y Ucrania” *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho UBA, 2002, págs. 63 a 82.

¹⁰ TRUMMER, I, “Ukraine v. Russia: the question of jurisdiction and the legal implications of Russia’s actions in Ukraine”, *Tulane Journal of International and Comparative law*, Vol. 29 (1), 2021, pág. 181.

sin embargo, sólo algunos aspectos de las mismas pudieron ser llevados ante la Corte Internacional de Justicia.

En los casos planteados por Ucrania ante la CIJ, a falta de una declaración unilateral del art. 36 (2) del Estatuto de la CIJ, en la que Rusia acepte la jurisdicción obligatoria de la Corte, a Ucrania sólo le restaba hacer depender la jurisdicción de una cláusula compromisoria incluida en algún tratado en vigor con Rusia, que habilitara la solución de controversias jurisdiccional ante la CIJ. Teniendo en cuenta que la jurisdicción depende del consentimiento de las partes en la controversia, esta está limitada a la medida aceptada por ellas. Por lo tanto, se han generado casos en los que la CIJ tiene, en su caso, una jurisdicción limitada, ya que las Convenciones le confieren jurisdicción, pero al mismo tiempo su alcance está determinado por las propias Convenciones.

Existen tres enfoques para abordar esta cuestión, generalmente los tribunales adoptan alguno de estos: el enfoque de divisibilidad, el restrictivo o el expansivo. Según el enfoque de divisibilidad, el tribunal se declara competente y aísla la cuestión sobre la que tiene jurisdicción de la controversia amplia. Por otro lado, bajo el enfoque restrictivo, el tribunal se niega a entender en la demanda, porque la cuestión específica es indivisible de la disputa amplia. Por último, en el enfoque expansivo, el tribunal decide sobre cuestiones en las que de otro modo no tendría jurisdicción, cuando es necesario hacerlo para abordar las cuestiones sobre las que realmente tiene jurisdicción¹¹. Tradicionalmente la Corte Internacional de Justicia ha adoptado el enfoque de la divisibilidad¹².

4 Los casos Ucrania c. Rusia ante la CIJ

4.1 Aplicación del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa) 2017

¹¹ TRUMMER, I, op. cit, pág. 182.

¹² Idem.

El 16 de enero de 2017, Ucrania presentó en la Secretaría de la Corte una demanda incoando procedimientos contra la Federación de Rusia con respecto a presuntas violaciones por parte de esta última de sus obligaciones, en virtud del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación de Terrorismo del 9 de diciembre de 1999 (CFT) con relación a los eventos en el Este de Ucrania y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965 (CERD) con relación a la situación en Crimea. En su demanda, Ucrania pretende fundar la competencia de la Corte en el artículo 24, párrafo 1, del CFT y en el artículo 22 de la CERD, sobre la base del artículo 36, párrafo 1, del Estatuto de la Corte¹³.

Enseguida entre los juristas surgieron dudas, si bien las Convenciones invocadas trataban cuestiones de suma gravedad y cuestiones vinculadas a la controversia entre Ucrania y Rusia, no se referían a la cuestión central, que era, en ese momento, la anexión de Crimea por parte de Rusia, las cuestiones planteadas ante la Corte eran por lo tanto cuestiones periféricas a la real controversia¹⁴.

En efecto, la Federación Rusa impugna la competencia de la CIJ para entender en la controversia, argumentando que la Corte no tiene competencia *ratione materiae*, ni en virtud del artículo 24, párrafo 1, del

¹³ Aplicación del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa), CIJ, Fallo 8/11/2019 parágs. 1 a 10. El artículo 24(1) del CFT establece: “Las controversias que surjan entre dos o más Estados Parte con respecto a la interpretación o aplicación del presente Convenio y que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable serán sometidas a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma de organizarlo, cualquiera de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte” por su parte art. 22 de la CERD reza: “Toda controversia entre dos o más Estados Parte con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla”.

¹⁴ MARCHUCK I, Ukraine Takes Russia to the International Court: Will it Work? *Ejil: Talk!* [<https://www.ejiltalk.org/>; 17 de septiembre de 2023]

CFT ni en virtud del artículo 22 de la CERD, y que Ucrania no cumplió las condiciones procesales previas establecidas en esas disposiciones antes de recurrir a la Corte. Rusia sostiene además que las demandas de Ucrania en virtud de la CERD son inadmisibles ya que, en su opinión, los recursos locales disponibles no se habían agotado antes de que Ucrania presentara su Solicitud ante la Corte. La Federación Rusa sostiene que, so pretexto de acusaciones relacionadas con violaciones del CFT y la CERD, Ucrania está tratando de llevar ante la Corte disputas relativas a supuestas violaciones de diferentes normas del derecho internacional¹⁵.

La Corte observó que las solicitudes que se le presentan a menudo plantean una controversia particular que surge en el contexto de un desacuerdo más amplio entre las partes. Afirmó que si bien se trataba de una situación compleja en la que las partes tenían miradas opuestas, ello no significaba que la Corte debía declinar su competencia para resolver la controversia, siempre y cuando se cumplieran con las condiciones para ejercer su jurisdicción¹⁶.

Para determinar si tenía jurisdicción, la CIJ examinó si los actos de denunciados estaban enmarcados dentro de las disposiciones de la Convención. Para ello resultaba necesario determinar si Rusia tenía la obligación de cooperar en los términos de la Convención. La CFT se refiere a actos cometidos por particulares y órganos de Estados Parte que tienen obligación de tomar medidas apropiadas y cooperar en la prevención y eliminación del terrorismo. Si Rusia hubiera incumplido con esta obligación entonces sería hallada responsable por la Corte. Con base en esto, la Corte concluyó que tenía jurisdicción¹⁷.

Con respecto a las condiciones de procedimiento, en virtud del art. 24 de la CFT, las controversias que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable serán sometidas a arbitraje a petición de una de las Partes y si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las partes no

¹⁵ Aplicación del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa), CIJ, Fallo 8/11/2019 parág. 27.

¹⁶ Ibidem, parr. 28.

¹⁷ Ibidem parra. 61 y 64.

consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma de organizarlo, cualquiera de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia. Es decir que las partes deben intentar resolver las controversias mediante negociaciones antes de recurrir al medio jurisdiccional, pero deben resolverlas dentro de un plazo razonable. Ucrania y Rusia habían intercambiado notas diplomáticas y habían mantenido cuatro reuniones a lo largo de dos años, sin grandes progresos. Además, en una nota, Ucrania concretamente hace referencia al art. 24 y a someter la controversia a arbitraje, tras lo que siguen negociaciones al respecto sin llegar a un acuerdo durante el período de 6 meses. La Corte estima entonces que los requisitos procesales estaban cumplidos y podía entender en el caso¹⁸.

Respecto de la CERD, con relación a la jurisdicción *ratione materiae*, la posición de la Federación Rusa es que la verdadera cuestión en disputa entre las Partes no tiene que ver con la discriminación racial sino con el estatus de Crimea. Ucrania, por su parte, afirmó que Rusia había perpetrado una campaña de borrado cultural mediante la discriminación y el maltrato sistemáticos de los tártaros de Crimea y los ucranianos étnicos; impuso la ciudadanía rusa a los ucranianos, transformando a aquellos que no cumplieron en “extranjeros”, lo que provocó su deportación y reclutando a rusos recién creados en el ejército del estado; trasladados ilegalmente como prisioneros a Rusia continental; manipuló la composición demográfica de la península mediante la migración forzada; e implementó leyes discriminatorias contra el extremismo como medio para estigmatizar y criminalizar a quienes se identifican como pro Ucrania. Rusia, por su parte, negó las acusaciones y argumentó que el caso de Ucrania en su contra debería ser desestimado por falta de jurisdicción¹⁹.

La Corte analizó si Rusia había violado la Convención a través de la toma de medidas discriminatorias supuestamente contra los tártaros y las comunidades ucranianas en Crimea. La Corte entendió que no debía establecer si las medidas tomadas podían considerarse como discriminación racial en los términos del artículo 1 del CERD, ya que eso

¹⁸ TRUMMER, I, *op. cit.*, pag. 187.

¹⁹ Aplicación del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa), CIJ, Fallo 8/11/2019 parágs. 78 a 93.

correspondía al fondo del asunto. Lo que debía determinar era si medidas que Ucrania alegaba estaban dentro del ámbito de la Convención. Primero estableció que los tártaros y los ucranianos en Crimea eran grupos étnicos protegidos bajo el CERD. La Corte concluyó además que las medidas mencionadas por Ucrania podían sin dudas tener efectos adversos en el disfrute de los derechos protegidos por la Convención, por lo tanto estas medidas están comprendidas en las disposiciones de esta²⁰.

Respecto a las condiciones procesales previas, en este caso se discutía si las condiciones del art. 22 eran alternativas o acumulativas. La Corte utilizó los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados para interpretar, y, teniendo en cuenta el significado ordinario de la palabra “o”, entendió que las negociaciones y los procedimientos expresamente previstos en la Convención eran alternativas para resolver la controversia. Para fortalecer su opinión, la Corte recurrió además al objeto y fin de la CERD, para la interpretación del artículo 22. La CERD establece que los Estados se comprometen a eliminar la discriminación racial sin demora, adoptando medidas inmediatas y efectivas, con rapidez. En consecuencia, la Corte sostuvo que lograr tales objetivos podría ser más difícil si las condiciones procesales previas fueran acumulativas. Es decir que bastaba solo una de las dos condiciones. La Corte analizó el intercambio de notas entre Ucrania y Rusia, Ucrania había transmitido múltiples solicitudes a Rusia invitando a negociar, lo que dio lugar a tres rondas de negociaciones en Minsk que duraron aproximadamente dos años, durante las cuales continuaron la correspondencia diplomática y las reuniones presenciales,²¹ por lo tanto, llegó a la conclusión de que Ucrania había realizado un intento genuino de negociar y dado que las posiciones de Ucrania y Rusia con respecto a la disputa no habían cambiado, también indicó que las negociaciones se habían vuelto inútiles y que por lo tanto las condiciones procesales estaban cumplidas²².

²⁰ *Ibidem*, parr. 96.

²¹ *Ibidem*, parr. 118 y 119.

²² La admisibilidad del caso de Ucrania respecto de Crimea dependía de la interpretación que hiciera la Corte de esta cláusula, que había sido invocada solo una vez antes, en Georgia contra Rusia (decidida en 2011). En ese caso, Georgia afirmó que había intentado negociar con Rusia sobre actos discriminatorios cometidos en Osetia del Sur. Según la Corte, para que Georgia cumpliera la condición procesal previa de negociación, esta debía

La decisión de que la CIJ tiene jurisdicción para conocer las demandas de Ucrania en virtud de la CFT y CERD fue considerada una victoria por Ucrania. Aunque las cuestiones bajo cada convención están limitadas, tocan temas vinculados con la anexión de Crimea y los movimientos separatistas en Donetsk y Luhansk, podrían incluir conceptos que escaparían del alcance de la jurisdicción de la CIJ.

4.2 Denuncias de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Ucrania c. Federación de Rusia: 32 Estados intervinientes) 2022

El 24 de febrero de 2022, el Presidente de la Federación Rusa, Vladimir Putin, anunció públicamente una operación militar en el territorio de Ucrania, el anuncio hacía referencia a un genocidio en la región de Donbass. Afirmó que Rusia “tenía que detener esa atrocidad, ese genocidio de los millones de personas que viven allí y que cifraron sus esperanzas en Rusia”, y alegó “genocidio por parte del régimen de Kiev durante ocho años”²³. El 26 de febrero de 2022, Ucrania interpuso una demanda ante la CIJ con base en la violación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Dada la especial urgencia de la situación, Ucrania presentó posteriormente una solicitud de medidas provisionales.

haber sido un intento genuino de resolver la disputa. Al revisar los hechos, la Corte observó que Georgia había notificado a Rusia de la disputa sólo tres días antes de presentar su solicitud a la CIJ, y qué durante esos tres días, ambas partes sólo habían hecho declaraciones unilaterales sobre violaciones de la CERD. Por lo que entendió que no era un intento genuino de resolver la disputa. Ver en ARNPRIESTER N., *ICJ Delivers Ruling on Unanswered Jurisdictional Question for Cases Brought Under CERD*, *Opiniojuris* [<http://opiniojuris.org/2019/12/09/icj-delivers-ruling-on-unanswered-jurisdictional-question-for-cases-brought-under-cerd/>; 15 de septiembre 2023].

²³ Discurso del Presidente de la Federación Rusa del 24/272022 <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/statements/67843>. (la página ya no funciona), citado en: Denuncias de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Ucrania c. Federación de Rusia: 32 Estados intervinientes), CIJ, Solicitud de medidas provisionales, 27/2/2022, parág. 2. ver también: Rusia y Ucrania: “¿Desnazificar Ucrania?”: la historia detrás de la justificación de Putin para invadir Ucrania [<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60524958> 15 de septiembre 2023].

La solicitud de Ucrania ante la Corte y la solicitud de medidas provisionales se fundan en que el texto del artículo IX de la Convención sobre Genocidio proporciona una base suficiente para la competencia de la Corte sobre el asunto. La base de jurisdicción utilizada por Ucrania llamó de inmediato la atención, lo inusual es que Ucrania no pretende que la Corte decida si se ha cometido genocidio, sino que, por el contrario, Ucrania ha requerido que la Corte declare que este Estado no ha cometido ese crimen. Ucrania sostiene que la Federación Rusa había alegado falsamente la comisión de actos de genocidio por parte de Ucrania en Luhansk y Donetsk a fin de justificar el uso de la fuerza en su territorio y llevar a cabo una operación militar especial invocando su deber de prevenir y sancionar el crimen de genocidio. Sostuvo que ello configuraba una violación de la Convención contra el Genocidio, pues se trataba de una aplicación abusiva y de mala fe de las obligaciones previstas en el artículo I. La justificación de la jurisdicción de la Corte fue entonces que se había configurado una controversia relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención de Genocidio, de la que ambos Estados son Parte, de conformidad con la cláusula compromisoria prevista en el artículo IX²⁴.

El principal planteo de Ucrania ante la CIJ entonces es que Rusia la ha acusado falsamente de intentar un genocidio en las provincias ucranianas de Luhansk y Donetsk, como pretexto para reconocer a esas provincias como repúblicas independientes y participar en una invasión militar. La solicitud de Ucrania no afirma que Rusia haya cometido el crimen de genocidio, pero insinúa que podría estar planeándolo. En efecto, Ucrania señaló que las falsas alegaciones rusas resultaban más ofensivas e irónicas por el hecho de que parecía que era este Estado quien estaba planificando actos de genocidio en Ucrania en virtud de las matanzas y serias lesiones infligidas a miembros de nacionalidad ucraniana, y que estos actos, vistos de manera conjunta con las declaraciones del presidente Putin, sugerían una intención genocida en Ucrania²⁵.

²⁴ LUTERSTEIN, N.M, *op cit*, pág 67 y 68.

²⁵ Denuncias de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Ucrania c. Federación de Rusia: 32 Estados intervinientes), CIJ, Requête, 16/2/2022, parág. 24. Ver también: LUTERSTEIN, N.M, *op. cit.* pag. 68. La autora explica que eso significa que, en la hipótesis de que la CIJ llegue a analizar el fondo del asunto, a menos que en sus futuras presentaciones Ucrania incluya una petición concreta

En la solicitud de medidas provisionales, Ucrania alega que solicita medidas provisionales para proteger sus derechos a no ser objeto de una falsa acusación de genocidio. Ucrania sostiene que las medidas ilegales para prevenir y castigar presuntos actos de genocidio, cuando la existencia de tales actos no está demostrada, socava el objeto y fin de la Convención y disminuye la naturaleza solemne del compromiso de las Partes Contratantes de prevenir y castigar tales crímenes²⁶.

Ucrania argumenta que la Corte tiene *prima facie* jurisdicción para dictar medidas provisionales, ya que existe una disputa relacionada con la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención sobre Genocidio. Existe un desacuerdo factico entre ambos Estados respecto de si ocurrió o no un Genocidio (definido en el artículo II de la Convención) en Luhansk y Donetsk, y, además, un desacuerdo acerca de las medidas permitidas por la Convención y por el derecho internacional para, en el caso de que tal genocidio existiera, prevenir y sancionar dicho comportamiento. Ucrania no cree que el uso de la fuerza unilateral por parte de Rusia sea compatible con el artículo VIII de la convención que establece “Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”²⁷.

Rusia no participó en la primera audiencia ante la Corte, celebrada el 7 de marzo de 2022. En una carta dirigida a la Corte, del 5 de marzo de 2022, Rusia sostuvo que la CIJ no tiene competencia, basando su argumento en dos puntos: por un lado sostuvo que la Convención sobre Genocidio no rige ni el uso de la fuerza entre Estados ni el reconocimiento de Estados, por lo que la solicitud de Ucrania no está comprendida dentro

en ese sentido, en principio no examinaría la responsabilidad de la Federación Rusa por la comisión del genocidio, sino por un ejercicio de las obligaciones de prevenir y sancionar dicho crimen.

²⁶ Denuncias de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Ucrania c. Federación de Rusia: 32 Estados intervinientes), CIJ, Solicitud de medidas provisionales, 17/2/2022, parág. 12 y 13.

²⁷ Ibid. parág.

de las disposiciones de la Convención; y por otro lado, afirmó que la justificación para la denominada operación militar no se basó legalmente en la Convención sobre Genocidio, sino en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas –que reconoce el derecho de legítima defensa en caso de ataque armado– y el derecho internacional consuetudinario. Rusia sostiene que las referencias a actos de genocidio en la declaración del presidente anunciando la intervención militar, no proporcionan una base suficiente para afirmar que se invocó la Convención o la existencia de una disputa en virtud de ella²⁸.

Rusia afirma además que el reconocimiento de Donetsk y Luhansk como Estados independientes está relacionado con el derecho a la autodeterminación de los pueblos según la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario. Reconociendo a las nuevas Repúblicas, Rusia busca entonces alinear sus operaciones militares en Ucrania con el derecho a la legítima defensa. El presidente Putin, el 24 de febrero dijo: “Las repúblicas populares de Donbass [que abarcan las regiones de Donetsk y Luhansk] han pedido ayuda a Rusia. En este contexto, de conformidad con el Artículo 51 (Capítulo VII) de la Carta de las Naciones Unidas...”²⁹. Rusia afirma además que el fundamento jurídico de la “operación militar especial” fue comunicado el 24 de febrero de 2022 al Secretario General de las Naciones Unidas y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por el Representante Permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas en forma de una notificación en virtud del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas³⁰.

La cuestión de si el abuso de la Convención sobre Genocidio como argumento para una intervención militar proporciona suficientes fundamentos jurisdiccionales para que la CIJ pueda entender en el caso no

²⁸ LERCH, M y ZAMFIR, I, International Court of Justice preliminary decision in Ukraine v Russia (2022). At a Glance, European Parliament [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729350/EPRS_ATA\(2022\)729350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729350/EPRS_ATA(2022)729350_EN.pdf)]; 15 de septiembre 2023]

²⁹ LOPEZ, J, What's the Status of Ukraine's Case Against Russia at the ICJ?, *Lawfare*, [<https://www.lawfaremedia.org/article/whats-status-ukraines-case-against-russia-icj>] 15 de septiembre 2023].

³⁰ Denuncias de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Ucrania c. Federación de Rusia: 32 Estados intervinientes), CIJ, Orden sobre medidas provisionales 16/2/22, parág. 33.

es aparentemente tan clara, los académicos la han calificado como una argumentación creativa³¹. No obstante, la CIJ, en su orden de medidas provisionales, ha entendido que, *prima facie*, tiene jurisdicción.

El Tribunal puede indicar medidas provisionales sólo si las disposiciones invocadas por el demandante parecen, *prima facie*, proporcionar una base sobre la cual podría fundarse su competencia, pero no necesita cerciorarse de manera definitiva de que tiene competencia en cuanto al fondo del caso³².

En la etapa de medidas provisionales, la Corte no está obligada a determinar si se ha producido alguna violación de las obligaciones bajo la Convención sobre Genocidio, ya que sólo podrá llegar a esa conclusión en la etapa del examen del fondo del caso. En la etapa de dictar una orden sobre una solicitud de indicación de medidas provisionales, la tarea de la Corte es establecer si los actos denunciados por Ucrania parecen estar comprendidos en las disposiciones de la Convención sobre Genocidio³³.

La Corte explica que no hace falta que las partes se refieran expresamente a una Convención determinada en sus intercambios para que ello habilite luego a recurrir a la cláusula compromisoria de tal Convención. Considera que las pruebas obrantes en el expediente del caso demuestran *prima facie* que las declaraciones hechas por las Partes se refirieron al tema de la Convención sobre Genocidio de manera suficientemente clara como para permitir a Ucrania invocar la cláusula compromisoria contenida en ese instrumento, como base de la competencia de la Corte. En consecuencia, el tribunal consideró convincente el argumento de jurisdicción y entendió que lo que constituye una disputa es una cuestión que debe determinarse objetivamente y es una cuestión de fondo, sin embargo las pruebas presentadas hasta el momento demuestran en principio que las declaraciones opuestas de Rusia y Ucrania se refieren a la Convención, y abren la puerta a la jurisdicción del Artículo

³¹ LERCH, M y ZAMFIR, I, *op. cit.*

³² Denuncias de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Ucrania c. Federación de Rusia: 32 Estados intervinientes), CIJ, Orden sobre medidas provisionales 16/2/22, parág. 24.

³³ *Ibid.* parág. 43.

IX, que le otorga autoridad para pronunciarse sobre la aplicación y alcance de las medidas provisionales.

La Corte rechazó específicamente la oposición jurisdiccional de Rusia, reconociendo que “desde 2014, varios órganos estatales y altos representantes de la Federación Rusa se han referido [...] a la comisión de actos de genocidio por parte de Ucrania en las regiones de Luhansk y Donetsk”. El tribunal hace referencia a la misma carta que Rusia le proporcionó en su respuesta escrita al caso el 24 de febrero. El tribunal señala que el presidente Putin, en su discurso del 24 de febrero, expresó el “propósito” de las inminentes operaciones militares como “proteger personas que han sido sometidas a abusos y genocidio por parte del régimen de Kiev durante ocho años”. En particular, el tribunal también rechaza la sugerencia de Rusia de que su justificación para el uso de la fuerza relacionada con el artículo 51 excluye la jurisdicción del tribunal sobre una disputa relevante relacionada con la Convención sobre Genocidio. La Corte observa a este respecto que ciertos actos u omisiones pueden dar lugar a una controversia que cae dentro del ámbito de más de un tratado, por lo tanto, no impide que la Corte determine *prima facie* que la controversia presentada en la Solicitud se relaciona con la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención sobre Genocidio³⁴.

Contrariamente a la afirmación de Rusia, la decisión de la Corte de 16 de marzo de 2022, adoptada por una amplia mayoría de 13 votos contra 2, considera que hay pruebas suficientes para que Ucrania invoque la cláusula compromisoria del artículo IX de la Convención contra el Genocidio, que atribuye competencia a la CIJ para disputas que surjan bajo la Convención.

La Corte aceptó como plausible el argumento creativo de Ucrania de que tenía derecho, según la Convención, a no ser sometida a una acusación falsa de genocidio, que luego se utiliza como base para usar la fuerza en su contra. Al hacerlo, el Tribunal no examinó si existe un derecho implícito independiente en la Convención a no ser acusado de una acusación falsa de genocidio, un escenario de tipo “difamación”. Sin

³⁴ Ibid, parág. 46.

embargo, la Corte reiteró su opinión anterior de que el deber de prevención de la Convención sobre el Genocidio opera sólo dentro de los límites del derecho internacional, es decir, no permite el uso de la fuerza más allá de los límites de la Carta³⁵.

Los dos jueces disidentes fueron el vicepresidente del tribunal, Kirill Gevorgian, de Rusia, y el juez Xue Hanqin, de China. Gevorgian, en una declaración separada, escribió que no estaba de acuerdo con la decisión del tribunal de dictar medidas provisionales porque “no cree que el Tribunal tenga competencia para conocer de este caso”. Sostuvo que “los actos invocados por Ucrania no entran dentro del alcance de la Convención sobre Genocidio. La disputa real se relaciona con el uso de la fuerza que no está cubierto por la Convención sobre Genocidio”³⁶.

Aunque la indicación de medidas provisionales muestra que la CIJ entiende que hay pruebas suficientes para justificar el cese inmediato de los combates, no resuelve definitivamente la cuestión, ya que, atento a la urgencia de la situación, los estándares legales para las medidas provisionales son más bajos que los de fondo. Por lo tanto, la CIJ deberá decidir sobre cuestiones de jurisdicción, investigación de hechos y derecho con miras a emitir una sentencia definitiva sobre el caso. Por un lado, concluir que existe competencia *prima facie* para dictar medidas provisionales no equivale a una decisión determinante de que la Corte sí tiene competencia, y sigue siendo una cuestión abierta que Rusia debe impugnar.

5 Conclusión

Tras el reconocimiento por parte de la CIJ de que tiene competencia para entender en estas demandas (en la primera respecto del fondo, en la segunda, por ahora, sólo *prima facie*) surgen algunas incógnitas, por un lado, si la Corte realmente podrá separar estas solicitudes específicas de

³⁵ MILANOVIC, M, ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia, in a Near Total Win for Ukraine; Russia Expelled from the Council of Europe, *EJIL: Talk!*, March 26 2022 [www.ejiltalk.org; 12 de septiembre 2023].

³⁶ LOPEZ, J. op. cit.

las cuestiones más amplias del caso al decidir sobre el fondo y, por el otro, si el tribunal podrá emitir un fallo que satisfaga a Ucrania y responsabilice a Rusia por las acciones que ha tomado³⁷.

Los casos presentados por Ucrania tienen un alcance limitado restringido a las Convenciones que contienen la cláusula compromisoria invocada. Por lo tanto, la base jurisdiccional sobre la que se encuentra interviniendo la CIJ impediría que este tribunal ingrese en el análisis de la conducta de la Federación Rusa a la luz del *ius ad bellum*³⁸.

Podemos decir que, Ucrania utilizó el mecanismo de resolución de controversias incorporado en el CFT, en la CERD y en la Convención contra el Genocidio para obligar a la CIJ a pronunciarse usando una jurisdicción *ratione materiae* de puerta trasera³⁹. La cuestión de la jurisdicción que parecía un obstáculo para llevar a Rusia ante la Corte Internacional de Justicia, fue superada por Ucrania usando un enfoque creativo que sorprendió a los juristas, siendo el más llamativo el último, que recurre a la Convención de Genocidio.

Que la Corte se declarara competente, fue visto como una gran victoria para Ucrania. Pero ahora resta esperar, el hecho de que la Corte tenga jurisdicción no garantiza el triunfo para Ucrania. Sin perjuicio de que la CIJ ha expresado su preocupación por el uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa en Ucrania y su propia responsabilidad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y de la resolución pacífica de controversias, los casos presentados por Ucrania tienen un alcance limitado restringido a las Convenciones que habilitaron su jurisdicción.

El enfoque creativo de Ucrania ha logrado captar la atención no sólo de la Corte, sino de gran parte de la comunidad internacional, el último caso con base en la Convención contra el Genocidio ha generado una solicitud masiva de intervención sin precedentes. Treinta y tres Estados han pedido participar en el caso. El 9 de junio de 2023, la Corte

³⁷ TRUMMER, I, op. cit., pag. 192.

³⁸ LUTERSTEIN, N.M, op. cit., pág. 71.

³⁹ LOPEZ, J, op. cit.

admitió la intervención de 32 Estados con base en el artículo 63 del Estatuto de la CIJ. El interés de tantos Estados revela la naturaleza del caso y su importancia, la Corte lo está tomando muy seriamente, prueba de ello es que el Presidente Donoghue se ha excusado de presidir en este caso, debido a que es de nacionalidad de un Estado que presentó una declaración de intervención, Estados Unidos, (aunque luego no fue admitida), el vicepresidente Gevorgian, de nacionalidad Rusa, tampoco puede presidir ya que es nacional de una de las Partes, y así sucesivamente hasta que el juez que estaba quinto en la fila, de acuerdo con las Reglamentos de la Corte, Bennouna, de Marruecos ha debido asumir la presidencia ya que el Estado de su nacionalidad no interviene en el caso⁴⁰. Una situación inédita se está viviendo en la Corte, confiamos que estén a la altura del desafío que se presenta y puedan cumplir con su responsabilidad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

⁴⁰ MCINTYRE, J, *et. al.*, A Hot Potato: The ICJ's Order on the Admissibility of 32 Declarations of Intervention in Ukraine v. Russia, *Ejil: Talk!* 13 de junio 2023 [<https://www.ejiltalk.org/>; 17 de septiembre de 2023].

EL CONFLICTO RUSO-UCRANIANO Y LOS LÍMITES DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES ESTABLECIDOS POR LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DE 1982

LEOPOLDO M. A. GODIO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las controversias marítimas con elementos terrestres en el sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. III. La jurisprudencia internacional en controversias marítimas con elementos terrestres. III.a) El laudo referido al establecimiento de un área marina protegida en el Archipiélago de Chagos. III.b) El laudo sobre la controversia en el Mar del Sur de la China. IV. El caso entre Ucrania y Rusia concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch. V. Conclusión.

I. Introducción

El sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 posee un nivel de detalle y complejidad que –dentro del consenso negociador bajo el concepto del *package deal*– no parece admitir resquicios en cuanto a los tipos de asuntos que pueden llegar a conocimiento de los foros habilitados para examinar los problemas referidos a los mares y océanos.

Con fundamento en la abundante bibliografía especializada, es posible admitir que el texto de la Convención de 1982 se encuentra profundamente marcado por una negociación extremadamente compleja en cuestiones jurídicas, económicas, tecnológicas y políticas,

* Abogado, Magíster en Relaciones Internacionales y Doctor, tesis *Sobresaliente* y recomendada a “Premio Facultad” (Universidad de Buenos Aires). Miembro Consejero del CARI.

especialmente si se advierte el contexto de la Guerra Fría. Sin embargo, Arias-Schreiber ha sostenido que la “... Convención ha sido el resultado de compromisos políticos, más que una obra de juristas esclarecidos, y que muchas de sus disposiciones no han tenido en cuenta la evolución previsible de la conducta de los Estados sino sus intereses inmediatos, a menudo contrapuestos”¹.

No obstante la opinión de Arias-Schreiber, creemos que el texto de la Convención de 1982 ha logrado adaptarse a un cambiante derecho internacional y sus desafíos contemporáneos, superando todas las evaluaciones posibles durante su negociación, más allá de los aspectos meramente formales². Nuestra afirmación puede encontrarse, por ejemplo, en la valoración realizada por Kelly, quien magistralmente se refiere a la peculiar arquitectura de la Convención de 1982, susceptible de reunir un “... mosaico de temas jurídicos y metajurídicos (...) en torno al sistema de solución de controversias en la Convención [de 1982]...” y del cual pueden generarse “... una pléyade de interpretaciones, opiniones, sugerencias, cuestionamientos y propuestas que enriquecen el conocimiento y la comprensión de los aciertos, problemas y lagunas que derivan de la aplicación e interpretación de las normas de la Convención a la luz de la jurisprudencia y de la práctica...”³.

Precisamente, el sistema de solución de controversias de la Convención de 1982 se ha situado en el centro de los diferendos internacionales de las últimas décadas, particularmente en aquellas

¹ ARIAS-SCHREIBER, Alfonso, “La Zona Económica Exclusiva. Su naturaleza jurídica. Usos militares”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo LXIII, N° 149, 2013, pp. 133.

² Nos hemos referido a este aspecto en GODIO, Leopoldo M. A., & ROSENTHAL, Julián M., “The prompt release of vessels in provisional measures procedures. New trends and challenges?”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 4, N° 7, 2015, pp. 43-67. Actualmente, puede adicionarse la solicitud de opinión consultiva sometida, el 12 de diciembre de 2022, por una comisión de pequeños Estados insulares (creada en 2021) al Tribunal Internacional del Derecho del Mar para conocer las obligaciones específicas de los Estados Parte en relación a los perjuicios ocasionados por el cambio climático, la elevación del nivel del mar, el calentamiento y la acidificación de los océanos. Cfr. *Request for Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Order of 16 December 2022, ITLOS Reports 2022-2023*, (to be published).

³ KELLY, Elsa D. R., “Prólogo”, en Leopoldo M. A. Godio (comp.), *El sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: contribuciones de su experiencia*, Buenos Aires, Eudeba, 2019, p. 24.

poseedoras de una indudable trascendencia e importancia marcada por lo geográfico, lo político y jurídico⁴. Estas disputas pueden encuadrarse en asuntos concernientes a: cuestiones militares; el acceso a recursos vivos y no vivos; la protección del medio marino; el intento de justificación de una presencia en áreas con recursos estratégicos; asegurar rutas marítimas claves para la navegación y sobrevuelo; la proyección de espacios marítimos originados en territorio terrestre; e incluso la consolidación de situaciones de hecho complejas, cuando no sutiles⁵.

Llegado a este punto corresponde preguntarse si, atento la competencia *ratione materiae* de la Convención de 1982 a los foros judiciales sobre la base del artículo 286, ¿es posible que un tribunal arbitral *ad hoc* –de conformidad con su Anexo VII– resuelva cuestiones marítimas con elementos terrestres?

La cuestión ya se ha presentado en los arbitrajes referidos al área marina protegida alrededor de Chagos⁶, declarada unilateralmente por el Reino Unido; la disputa sobre el Mar del Sur de la China⁷, y también posee una potencial aparición en el caso concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch, proceso actualmente en curso⁸.

⁴ Aunque el orden de los factores no suele alterar el producto, consideramos correcta la secuencia que hemos dispuesto. El fundamento lo podemos encontrar en las palabras de Beltramino, que en cuestiones de controversias geopolíticas opina que se trata de una “interrelación vertical” en el cual el territorio es antecesor (y luego sucesor) de la norma. Cfr. BELTRAMINO, Juan C. M., “*Rationale de la relación interdisciplinaria Derecho/Geografía*”, en Juan C. M. Beltramino (coord.), *Jornada sobre Derecho y Geografía*, Buenos Aires, Manantial, 1994, p. 11.

⁵ Nos hemos referido a algunas de ellas, con ejemplos y análisis doctrinal, en GODIO, Leopoldo M. A., “Las controversias marítimas con contenido geopolítico y el rol del arbitraje internacional. Contrastes y matices en su utilización”, *El Derecho*, 17 de marzo de 2021, pp. 1-4.

⁶ *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Award of 18 March 2015, RIAA, Vol. XXXI, pp. 359-606.

⁷ *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 153-617.

⁸ *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06). Asimismo, un proceso

Para responder a nuestro interrogante, analizaremos las disposiciones de la Convención de 1982 y la práctica emanada de la jurisprudencia internacional para, posteriormente, dedicarnos a las eventuales consideraciones que puedan desprenderse del tribunal arbitral *ad hoc* entre Ucrania y Rusia, de conformidad con el Anexo VII de la Convención de 1982.

II. Las controversias marítimas con elementos terrestres en el sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982

La Sección 2 de la Parte XV se dedica a la elección y activación de los foros obligatorios⁹ conducentes a decisiones obligatorias y vinculantes para los Estados Parte, siempre que no hayan alcanzado previamente un acuerdo pacífico respecto de la disputa¹⁰.

Lo anterior se traduce en una restricción inicial, que podríamos considerar de carácter temporal-procesal –con posibles interpretaciones de fondo a evaluar “caso a caso” a la luz del intercambio de opiniones, la negociación, la conciliación o cualquier otro medio pacífico conforme la

arbitral –conforme al Anexo VII de la Convención de 1982– fue iniciado por Mauricio contra Maldivas en junio de 2019. Posteriormente, las Partes acordaron trasladar el procedimiento arbitral a una Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que debió conocer las cinco excepciones preliminares de admisibilidad interpuestas por Maldivas el 18 de diciembre de 2019 y rechazó uno por uno, el 28 de enero de 2021, los planteos referidos a la jurisdicción de la Sala Especial. Cfr. *Delimitation of the maritime boundary in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment, ITLOS Reports 2020-2021*, pp. 72-98, para. 246-353. Para una síntesis del caso, hasta la decisión de admisibilidad de 2021, ver RODRIGUEZ, Facundo D., “Dispute concerning delimitation of the Maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)”, en Alexis R. Laborias & Leopoldo M. A. Godio (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Buenos Aires, Aldina Editora Digital, 2021, pp. 459-468.

⁹ Yturriaga Barberán sostiene que la opción del artículo 287 –conocida como “fórmula Montreux” – constituye una jurisdicción “a la carta”. Cfr. YTURRIAGA BARBERÁN, José A., *Ámbitos de soberanía en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993, p. 493.

¹⁰ NORDQUIST, Myron H. [et al] (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, Vol. V, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 38.

Sección 1¹¹— la Convención de 1982 confiere al Estado afectado una acción unilateral suficiente para someter la controversia al órgano jurisdiccional de su elección —o en su defecto, al arbitraje judicial residual conforme las disposiciones del Anexo VII— sin importar la participación activa o no del Estado demandado en el proceso¹², toda vez que al convertirse en Estado Parte de la Convención de 1982 habilitan el inicio unilateral del procedimiento judicial o arbitral, además del deber de aceptar la sentencia o laudo¹³.

No obstante lo anterior, el artículo 286 presenta una contundente restricción al disponer un límite *ratione materiae* para la competencia de los foros judiciales previstos en la Sección 2 de su Parte XV, por cuanto expresa que aquella debe sujetarse “...a la interpretación o la aplicación de esta Convención”.

Sobre esta norma, Boyle advierte que se asume, de modo incuestionable, que las disputas territoriales se encuentran excluidas de los procesos contenciosos de la Convención de 1982 y que esta es la posición de Estados como China¹⁴. El mismo autor se pregunta si un tribunal internacional puede resultar competente cuando “resulte necesario” y que, ante esta incertidumbre, distintos Estados deciden presentar casos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) mediante un convenio especial, un acuerdo regional o por aplicación del artículo 36 (2) del Estatuto¹⁵.

Jiuyong considera que un tribunal internacional competente en razón de la Convención de 1982 podría ser habilitado para conocer —como paso preliminar— cuestiones de soberanía territorial dentro de

¹¹ Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 10 de diciembre de 1982, 1833 UNTS 3, artículos 280, 281, 282, 283 y 285.

¹² NORDQUIST, Myron H. [et al] (ed.), *supra* nota 10, p. 39.

¹³ TREVES, Tullio R., “Article 286”, en Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2017, p. 1845.

¹⁴ BOYLE, Alan, “UNCLOS Dispute Settlement and the Uses and Abuses of Part XV”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 184 y 194. Al respecto, ver BRUGA, Irene, “Territorial Sovereignty issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27, Issue 1, 2012, pp. 59-95.

¹⁵ BOYLE, Alan, *supra* nota 14, p. 195.

controversias de delimitación marítima, siempre que resulte necesario para su determinación final. En otras palabras, se intenta afirmar que se trata de una exigencia lógica de la derivación soberana terrestre hacia su proyección en espacios marítimos¹⁶.

En su evaluación de la norma, Treves opina que podría tratarse de una fórmula condicional conjunta, susceptible de plantear dificultades entre dos Estados Parte ante un litigio que presente carácter mixto, es decir, sobre cuestiones parcialmente relacionadas con la interpretación de la Convención de 1982, como podrían ser asuntos referidos a la delimitación de zonas marítimas y disputas de soberanía respecto de elementos terrestres de carácter accesorio en supuestos de difícil separación o prevalencia de aspectos marítimos conectados con ella¹⁷.

De este modo, es posible admitir la posible generación de controversias que presenten ambos componentes —marítimo y terrestre— y que resulten sometidos ante tribunales internacionales. Sin embargo, ello no significa que deba aceptarse *prima facie* la competencia de aquellos en todos los supuestos ni que deba aceptarse que la competencia de la CIJ implica una automática admisión de competencias amplias, especialmente

¹⁶ El autor, que fue Presidente de la CIJ entre 2003-2006, se apoya en la labor realizada por la Corte en la controversia de delimitación marítima entre Qatar y Bahrein. Aunque evita entrar en detalles, afirmó que la labor de la CIJ para atribuir la isla de Janan (incluida Hadd Janan) correspondía a Qatar y que las islas Hawar y Qit'at Jaradah eran de Bahrein. Según Jiuyong, la Corte se basó, en gran medida, en la historia de la zona y las interpretaciones de la potencia colonial que administraba la zona antes de la independencia; y que una vez determinada la soberanía sobre el territorio y las islas, se procedió a la delimitación propiamente dicha. En cuanto a la competencia de los tribunales internacionales en cuestiones territoriales y su proceso, señaló que: "The first task for the Court in any maritime delimitation exercise is to determine the relevant coasts to be taken into account in the delimitation. However, the case law of the Court unequivocally affirms that it is a principle of international law that "the land dominates the sea", which means that maritime rights derive from the coastal State's sovereignty over land. Thus, many maritime delimitation cases require the Court to decide, as a preliminary step, questions of sovereignty over disputed islands or certain coastal regions of land territory". Cfr. JIUYONG, Shi, "Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, Issue 2, 2010, pp. 274 y ss.

¹⁷ TREVES, Tullio R., *supra* nota 13, pp. 1847-1848.

si se tiene en cuenta que aquella no radica en el propio tribunal, sino en el instrumento que habilita su actuación¹⁸.

Ante esta situación es posible afirmar que si la competencia de un tribunal internacional para entender en cuestiones marítimo-territoriales surge, exclusivamente, de la Convención de 1982, su ámbito de actuación y decisión se encuentra restringido a los asuntos marítimos y oceánicos. Nuestro criterio es coincidente con Treves, quien en un reciente trabajo sostuvo que:

“... si el compromiso u otro acuerdo que establece la competencia lo permiten, los órganos de adjudicación cuya competencia no se basa en la Convención de 1982 tienen la posibilidad de decidir sobre un ámbito más amplio de cuestiones, inclusive cuestiones territoriales que pueden ser la premisa necesaria de una decisión sobre una controversia referida a la delimitación de zonas marítimas entre Estados vecinos. Esto ha pasado, por ejemplo, en el caso entre Camerún y Nigeria (2002) sometido a la CIJ. La Corte –que era competente por efecto de las declaraciones de aceptación de competencia obligatoria de las dos partes, según el artículo 36 (2) del Estatuto– no encontró dificultad para decidir sobre la cuestión de delimitación de zonas marítimas haciendo hincapié sobre su sentencia, en el mismo fallo, relativa a la soberanía sobre la península de Bakassi.

Asimismo, en el asunto entre Eritrea y Yemen (1998-1999), el Tribunal Arbitral competente –con base en un acuerdo de compromiso entre las partes– decidió sobre la delimitación de las zonas marítimas, destacando su decisión, adoptada en un laudo separado, en lo referente a la soberanía sobre varias islas situadas en el Mar Rojo”¹⁹.

El propio Treves advierte que si estos asuntos hubiesen sido sometidos a un tribunal arbitral con competencia basada en la Convención de 1982, un resultado idéntico es difícil e improbable, atento a que el texto convencional carece de reglas referidas a la soberanía territorial y, en consecuencia, el diferendo no revestiría un asunto atinente “a la interpretación o aplicación de la Convención”, y este fue el razonamiento

¹⁸ Por caso, es necesario recordar que, hasta la fecha, no se han sometidos casos ante la CIJ por aplicación del artículo 287 de la Convención de 1982.

¹⁹ TREVES, Tullio R., “Cuestiones de soberanía territorial en asuntos contenciosos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”, en Leopoldo M. A. Godio (dir.), *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar y su contribución: consolidación, desarrollo progresivo y diálogo entre tribunales*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 981-982.

seguido por el Tribunal Arbitral en el laudo referido al establecimiento de un área marina protegida en el Archipiélago de Chagos²⁰, al que nos referiremos más adelante.

Es posible que la respuesta más aproximada a la práctica judicial surja del razonamiento de Boyle: de presentarse una disputa de soberanía territorial en un tribunal internacional conforme la Convención de 1982, y a los efectos de una delimitación marítima, pocos tribunales pueden llegar a avanzar sobre ello, aunque intentarán evitarlo²¹.

III. La jurisprudencia internacional en controversias marítimas con elementos terrestres

III.a) El laudo referido al establecimiento de un área marina protegida en el Archipiélago de Chagos:

En el arbitraje referido al establecimiento unilateral del Reino Unido de una área marina protegida alrededor de Chagos, el Tribunal Arbitral –constituido con arreglo al Anexo VII de la Convención de 1982– emitió su laudo el 18 de marzo de 2015 y determinó, por una ajustada mayoría de tres votos contra dos, que carecía de competencia para considerar que el Reino Unido no era el Estado ribereño respecto del Archipiélago de Chagos, y que debían atribuirse a Mauricio derechos en carácter de “Estado ribereño” en la zona, a los efectos de la Convención de 1982, traduciéndose en una cuestión de soberanía inconducente a su interpretación o la aplicación²².

Sin embargo, el Tribunal Arbitral determinó –por unanimidad– que sí era competente respecto de la declaración unilateral del Reino Unido y la compatibilidad de sus obligaciones con arreglo a la Convención de 1982. Sobre este punto, determinó que, como resultado de los compromisos asumidos por el último Estado, el mismo incurrió en responsabilidad internacional al no tener en cuenta que Mauricio tenía

²⁰ *Ibidem*, pp. 982-983.

²¹ BOYLE, Alan, *supra* nota 14, p. 196.

²² Cfr. *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Award of 18 March 2015, RIAA, Vol. XXXI, pp. 582-583, para. 547.

derecho a explotar los recursos vivos en las aguas circundantes al Archipiélago y acceder, posteriormente, a la exploración, explotación y administración de los recursos no vivos una vez que se le restituya el área en cuestión²³.

En cuanto al ajustado rechazo por parte de la mayoría, era una cuestión de difícil solución ya que, por una parte, podría interpretarse –tal como afirmaba Reino Unido– que el objetivo de Mauricio era resolver la restitución del Archipiélago de Chagos y sus espacios, consistiendo ello en una cuestión de soberanía y no referida a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982; mientras que por otra parte, Mauricio interpretaba que la expresión “Estado ribereño” era utilizada en el texto convencional y que, la necesidad de su determinación era consistente y conectable con los asuntos marítimos, sin perjuicio de que la Convención de 1982 permite a los tribunales internacionales aplicar normas distintas al Derecho del Mar en este tipo de supuestos²⁴.

En el punto que nos interesa, la mayoría del Tribunal Arbitral aceptó que tenía competencia –de ser necesario– para realizar comprobaciones de hecho o determinaciones de derecho accesorias para resolver una disputa, aunque aclaró que en este supuesto puntual se trataba de una conexión incidental insuficiente respecto de la controversia en su conjunto²⁵, y que la controversia básica entre las partes se refería a la soberanía o la plenitud de la soberanía sobre el Archipiélago, razón por la cual el proceso no se refería a la interpretación o la aplicación de la Convención²⁶.

Lo llamativo de este asunto es que los dos árbitros disidentes –Wolfrum y Kateka– presentaron un voto concurrente anexo al laudo por el cual afirmaron que el Tribunal Arbitral debía ser competente para considerar y examinar las pretensiones sobre la identidad del “Estado ribereño” –atento a que las opiniones de las partes acerca de la soberanía

²³ El Tribunal Arbitral también determinó, por unanimidad, la inexistencia de controversia entre los Estados Parte respecto a las presentaciones sometidas ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental. Ídem.

²⁴ *Ibidem*, pp. 374-375 y 443-453, para. 5-13 y 166-196.

²⁵ *Ibidem*, pp. 458-460, para. 213-221.

²⁶ *Ibidem*, pp. 460-463, para. 222-230.

formaban parte del razonamiento del demandante— y analizar si el Reino Unido, mediante sus compromisos, había cedido determinados derechos a Mauricio. Asimismo, los árbitros disidentes sostuvieron que las autoridades mauricianas habían actuado bajo coerción y que ello permitió el quebrantamiento ilegal de la integridad territorial de la colonia de Mauricio, en 1965, a la luz de los principios de descolonización y libre determinación²⁷.

En opinión de Treves, el laudo no excluyó, categóricamente, la posibilidad de que —en otros y eventuales supuestos— una controversia posea elementos de disputa soberana en una cuota menor o accesoria a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, sin que ello signifique disentir con la mayoría en ese punto²⁸.

III.b) El laudo sobre la controversia en el Mar del Sur de la China:

El diferendo se origina cuando China, por vía de hecho, intentó fortalecer su posición realizando rellenos de arrecifes y la construcción de islas artificiales para ser utilizadas como asentamientos de faros, pistas aptas para aeronaves y establecer bases militares, oceanográficas y de pesca. Posteriormente, la situación se agravó debido a incidentes que involucraron a buques pesqueros con tripulación armada, establecimientos de plataformas petrolíferas e incursiones de buques de guerra.

Filipinas —que probablemente seguía con atención el arbitraje entre Mauricio y Reino Unido referido— inició el proceso arbitral el 22 de enero de 2013, de conformidad con el Anexo VII de la Convención de 1982. El Estado demandante presentó y fundamentó su posición de modo tal que evitó plantear su petición como una cuestión de soberanía, sino más concretamente como actividades chinas en el mar y accidentes geográficos marítimos ocupados *de facto* por China, que declaraba poseer “derechos históricos” sobre las aguas en cuestión. Filipinas prescindió de reclamar al Tribunal Arbitral que se expida sobre la soberanía de las Spratlys, ni afirmó su propia reivindicación sobre aquellas.

²⁷ *Ibidem*, pp. 585-606, para. 3-94.

²⁸ TREVES, Tullio R., *supra* nota 13, pp. 1847-1847.

China, por su parte, argumentó en un documento de posición –en diciembre de 2014 y en posteriores declaraciones oficiales, ya que se negó, sistemáticamente, a aceptar la competencia del Tribunal Arbitral y rechazó participar en el proceso– que se trató de un diferendo intrínsecamente referido a cuestiones de soberanía sobre elementos terrestres y asuntos de delimitación exceptuados por el artículo 298 de la Convención de 1982, razón por la cual no atañen a la interpretación o aplicación de ésta²⁹. El Tribunal Arbitral se constituyó y decidió declararse competente el 29 de octubre de 2015³⁰.

El laudo definitivo, de más de quinientas carillas, posee muchos aspectos de posible análisis, pero es necesario destacar que el Tribunal Arbitral puso de relieve que no se pronunciaba sobre ninguna cuestión referida a la soberanía territorial de los Estados Parte. Precisamente, en el punto que nos interesa, el Tribunal Arbitral se refirió a la existencia de una controversia concerniente a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982 y rechazó el argumento del documento de posición chino, por cuanto consideró que existe una controversia entre las partes respecto a la soberanía sobre islas en el Mar del Sur de la China, aunque aclaró que las cuestiones sometidas a arbitraje por Filipinas no conciernen estrictamente a la soberanía, razón por la cual al no tener que decidir explícita o implícitamente sobre cuestiones soberanas, no se afecta las pretensiones de ninguna de las partes en este punto³¹.

Asimismo, el Tribunal Arbitral notó que cada petición filipina reflejaba una controversia respecto de la Convención de 1982 y ello puso en relieve que: la interacción del texto convencional y otros derechos –incluidos los eventuales “derechos históricos” pretendidos por China³²–

²⁹ Cfr. *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility of 29 October 2015, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 62-64, para. 151-153.

³⁰ *Ibidem*, p. 149, para. 413.

³¹ Cfr. *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 237-238, para. 153-156.

³² China sostuvo que los espacios marítimos en disputa le pertenecían como consecuencia del trazado de una línea imaginaria que le otorgaba, históricamente, derechos sobre los recursos marinos en el área en disputa. Sin embargo, el Tribunal Arbitral concluyó que la Convención de 1982 asigna criterios claros para las distintas zonas y que las protecciones

revisten carácter de disputa respecto a la Convención; y que la ausencia de claridad frente a la existencia de un diferendo puede inferirse a través de la conducta de un Estado o su silencio y que ello es un asunto que debe determinarse objetivamente³³.

IV. El caso entre Ucrania y Rusia concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch

El actual conflicto entre Rusia y Ucrania posee seria conexión con dos disputas marítimas que han sido presentadas ante tribunales arbitrales *ad hoc* constituidos de conformidad con el Anexo VII de la Convención de 1982. Sus hechos, que aún no han podido ser determinados, pueden remontarse hasta 2015³⁴.

Sobre el tema de nuestro trabajo, el proceso referido a los derechos de los Estados costeros en el área del Mar Negro, el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch —iniciado por Ucrania en septiembre 2016— ante las acciones de la Federación Rusa frente a las costas de Crimea³⁵ posee un indudable régimen de interpretación o aplicación basado en la Convención

de los derechos preexistentes sobre los recursos fueron consideradas en la III Conferencia, pero no adoptadas en el texto convencional. En otras palabras, determinó que en la medida que China pudo haber tenido derechos históricos sobre estos recursos en las aguas del Mar de China Meridional, aquellos habrían sido extinguidos en la medida que resulten incompatibles con las ZEE previstas en la Convención. En cuanto a los derechos tradicionales de pesca en Scarborough, el Tribunal Arbitral concluyó que China había violado su deber de respetar a los pescadores de Filipinas al impedir el acceso a Scarborough después de mayo de 2012. El Tribunal Arbitral señaló, no obstante, que arribaría a la misma conclusión respecto a los derechos de los pescadores de China si Filipinas llegara a obstruir la misma actividad a chinos en Scarborough. *Ibidem*, pp. 147-150, para. 407-412.

³³ *Ibidem*, pp. 237-238, para. 153-156.

³⁴ Aunque los acontecimientos que originan ambas controversias no resultan de sencilla determinación —debido, principalmente a una gran proliferación de noticias e intentos de formación de opinión pública en redes sociales, gestiones oficiales y otras estrategias para imponer su propia versión— la posición de las partes puede sintetizarse a partir de los documentos oficiales y el encuadre jurídico subyacente de cada Estado para justificar o excluir —según se trate de Ucrania o Rusia, respectivamente— la jurisdicción de cada tribunal arbitral.

³⁵ Cfr. *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06).

de 1982, aunque a ella debe adicionársele el acuerdo particular de Cooperación entre Rusia y Ucrania para el Uso del Mar de Azov y el Estrecho de Kerch (2003), junto con una declaración conjunta posterior (2012) que reconoce la cooperación y la regulación conjunta del transporte marítimo y la navegación³⁶, además de garantizar la seguridad de la navegación en el Mar de Azov y el Estrecho de Kerch.

De alguna manera los hechos que originan el arbitraje parecen referirse al estatus territorial de Crimea y su incorporación por parte de Rusia que, según Ucrania, se trata de una anexión en violación al derecho internacional³⁷; mientras el demandado niega esta calificación y destaca la celebración de un referéndum cuya mayoría declaró su “independencia” y posterior adhesión a Rusia, razón por la cual asumió “todos los derechos y obligaciones” como ribereño a las aguas adyacentes a la península³⁸.

Sobre este último aspecto, Ucrania siempre negó los hechos y los efectos jurídicos pretendidos por Rusia, además de invocar —entre otras razones— la resolución 68/262 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que, entre sus consideraciones, subrayó la insuficiencia legal del referéndum para alterar el estatus territorial de Ucrania³⁹.

Con estas aclaraciones preliminares es que la administración ocupante ha realizado distintos actos (ej. sanción de normas, decretos y reglamentos), cuyas eventuales consecuencias podrían afectar el ejercicio de derechos en el Mar Negro y las áreas marítimas adyacentes a la península de Crimea, entre los que se encuentra la navegación⁴⁰, y que motivó el inicio del proceso por Ucrania.

³⁶ La declaración de 2012 atribuyó al Mar de Azov carácter de “mar interno”. Fuente: <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/internacional/2012/07/12/ucrania-rusia-acuerdan-delimitar-frontera-maritima-heredada-urss/00031342117977058711186.htm> (consulta el 27/06/2022).

³⁷ Memorial of Ukraine, 19 February 2018, para. 102.

³⁸ Preliminary Objections of the Russian Federation, 19 May 2018, para. 10-12.

³⁹ A/RES/68/262.

⁴⁰ Algunas de ellas son referidas en VOLTERRA, Robert G. [et al], “Ukraine/Russian Federation: The Characterisation of the Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 33, Issue 3, 2018, pp. 615-616.

De este modo, la controversia aparenta referirse al estatus territorial de Crimea y su incorporación por parte de Rusia. Aunque la Convención de 1982 presenta algunas limitaciones a la competencia del Tribunal Arbitral en ese sentido, no existen dudas que la situación de las aguas circundantes podría considerarse como un carácter relevante – además de geopolítico– según la Convención de 1982, el acuerdo de 2003 y la declaración de 2012.

La contribución de la práctica jurisprudencial se advierte en oportunidad de decidirse las excepciones preliminares frente a los reclamos ucranianos. En su laudo de admisibilidad, el Tribunal Arbitral resolvió su incompetencia en lo atinente a la evaluación explícita o implícita sobre la soberanía o parte de la soberanía de Crimea. A pesar de la declaración de ausencia en la competencia –por no tratarse de un asunto concerniente a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982– el Tribunal Arbitral reconoció que los Estados poseen una controversia de soberanía⁴¹.

Finalmente, Jiménez Pineda esclarece un punto relevante para nuestra investigación al señalar cómo el Tribunal Arbitral consideró que la posición ucraniana partía de la premisa de su soberanía sobre Crimea, fundamentando en ésta una parte significativa de sus pretensiones. Precisamente, la abundancia de argumentos respecto de la soberanía de Crimea hizo que el Tribunal Arbitral debiese considerar si se trataba de un aspecto principal o secundario respecto de la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, inclinándose por la ausencia de jurisdicción sobre la controversia territorial, atento la imposibilidad de abordar varias de las pretensiones del solicitante sin determinar –previamente– cuál Estado era el soberano⁴².

⁴¹ Cfr. *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06), pp. 136-141, para. 475-491.

⁴² JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, *El Arbitraje Internacional y el Derecho del Mar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 262.

V. Conclusión

En este punto corresponde, metodológicamente, recordar nuestra pregunta inicial: ¿es posible que un tribunal arbitral *ad hoc* –de conformidad con su Anexo VII– resuelva cuestiones marítimas con elementos terrestres?

El análisis del artículo 286 de la Convención de 1982, la opinión de doctrina calificada y la práctica arbitral nos permite arribar a dos reflexiones: 1) a pesar de las preocupaciones de Arias-Schreiber, el sistema de solución de controversias de la Convención de 1982 ha demostrado un nivel de adaptación permanente a largo plazo frente a los cambios y desafíos de un derecho internacional cada vez más complejo, a lo que es posible adicionar la innecesidad de recurrir a una actualización o modificación del texto convencional; y 2) es potencial viable que un tribunal arbitral *ad hoc*, establecido de conformidad con el Anexo VII de la Convención, pueda entender respecto de cuestiones de soberanía territorial.

Sin embargo, el interés de nuestra segunda reflexión se encuentra lejos de revestir una competencia amplia y presenta, a nuestro criterio, claros límites y exige adoptar serios recaudos que la prudencia invita a considerarlos acumulativamente: 1) la competencia del tribunal arbitral no debe surgir exclusivamente de la Convención de 1982 y debe prestarse especial atención a los acuerdos regionales, especiales o las declaraciones de los Estados en disputa; 2) las cuestiones de soberanía deben evitarse en lo máximo posible y presentar un carácter secundario respecto de la controversia referida a la interpretación o aplicación de la Convención de 1982; 3) la competencia no debe habilitarse de modo automático o *prima facie*, sino que corresponde un cuidadoso y detenido examen, ya que cada caso es único; y 4) es insuficiente que un tribunal arbitral considere necesario abordar las cuestiones de soberanía terrestre.

Algunas de estas cuestiones pueden esclarecerse en oportunidad de decidirse el arbitraje entre Ucrania y Rusia concerniente a los derechos del Estado costero en el Mar Negro, el Mar de Azov y el estrecho de Kerch; como también pueden presentarse nuevos puntos de vista con la labor de

la Sala Especial del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la disputa Mauricio/Maldivas aún en curso.

La importancia de estos asuntos radica en la expresión más valiosa para los Estados: la soberanía. Su mención hace que la comunidad internacional realice un atento seguimiento de su evolución y sin dudas, su resultado será objeto de arduos debates sobre esta cuestión.

Bibliografía

- ARIAS-SCHREIBER, Alfonso, “La Zona Económica Exclusiva. Su naturaleza jurídica. Usos militares”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo LXIII, N° 149, 2013, pp. 115-140.
- BELTRAMINO, Juan C. M., “Rationale de la relación interdisciplinaria Derecho/Geografía”, en Juan C. M. Beltramino (coord.), *Jornada sobre Derecho y Geografía*, Buenos Aires, Manantial, 1994, pp. 9-17.
- BOYLE, Alan, “UNCLOS Dispute Settlement and the Uses and Abuses of Part XV”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. 47, Issue 1, 2014, pp. 182-204.
- BRUGA, Irene, “Territorial Sovereignty issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 27, Issue 1, 2012, pp. 59-95.
- GODIO, Leopoldo M. A., “Las controversias marítimas con contenido geopolítico y el rol del arbitraje internacional. Contrastes y matices en su utilización”, *El Derecho*, 17 de marzo de 2021, pp. 1-4.
- GODIO, Leopoldo M. A., & ROSENTHAL, Julián M., “The prompt release of vessels in provisional measures procedures. New trends and challenges?”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 4, N° 7, 2015, pp. 43-67.
- JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, *El Arbitraje Internacional y el Derecho del Mar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- JIUYONG, Shi, “Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, Issue 2, 2010, pp. 271-291.
- KELLY, Elsa D. R., “Prólogo”, en Leopoldo M. A. Godio (comp.), *El sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: contribuciones de su experiencia*, Buenos Aires, Eudeba, 2019, pp. 9-24.

- KELLY, Elsa D. R. & GODIO, Leopoldo M. A., “El Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el sistema de solución de controversias de la Convención de 1982”, en Alexis R. Laborías & Leopoldo M. A. Godio (coords.), *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Buenos Aires, Aldina Editora Digital, 2021, pp. 21-35.
- NORDQUIST, Myron H. [et al] (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, Vol. V, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- RODRIGUEZ, Facundo D., “Dispute concerning delimitation of the Maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)”, en Alexis R. Laborías & Leopoldo M. A. Godio (coord.), *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, Buenos Aires, Aldina Editora Digital, 2021, pp. 459-468.
- TREVES, Tullio R., “Cuestiones de soberanía territorial en asuntos contenciosos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”, en Leopoldo M. A. Godio (dir.), *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar y su contribución: consolidación, desarrollo progresivo y diálogo entre tribunales*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 979-987.
- “Article 286”, en Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, Munich, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2017, pp. 1843-1849.
- VOLTERRA, Robert G. [et al], “Ukraine/Russian Federation: The Characterisation of the Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 33, Issue 3, 2018, pp. 614-622.
- YTURRIAGA BARBERÁN, José A., *Ámbitos de soberanía en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993.

Jurisprudencia

- *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Award of 18 March 2015, RIAA, Vol. XXXI, pp. 359-606.
- *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award on Jurisdiction and Admissibility of 29 October 2015, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 1-152.
- *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, RIAA, Vol. XXXIII, pp. 153-617.
- *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*, Award concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 February 2020 (PCA Case No. 2017-06).
- *Delimitation of the maritime boundary in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment, ITLOS Reports 2020-2021*, p. 17.
- *Request for Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Order of 16 December 2022, ITLOS Reports 2022-2023*, to be published.

EL CONFLICTO ENTRE UCRANIA Y RUSIA, LA (DES) ACTIVACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS ALTERNATIVAS PROCESALES EN SU REEMPLAZO

TAMARA G. QUIROGA*

SUMARIO: Introducción. 1. Los mecanismos de activación de la competencia material de la CPI. 2. El conflicto armado entre Ucrania y Rusia. 3. La inmunidad de los líderes de los Estados involucrados. 4. Alternativas jurisdiccionales en reemplazo de la CPI. 5. Conclusión.

Introducción

Las consecuencias de la extrema selectividad de las remisiones decididas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (o CSNU, indistintamente) para la activación de la competencia material de la Corte Penal Internacional (o CPI, indistintamente), y el potencial congelamiento del mecanismo establecido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, requiere analizar detalladamente aquellas situaciones en las cuales el Consejo de Seguridad decide no remitir a la Corte Penal Internacional situaciones en las que existan sospechas por la presunta comisión de crímenes internacionales.

* Abogada por la Universidad Católica Argentina (2000) y Magister en Relaciones Internacionales con orientación en Derecho Internacional y Organismos Internacionales por la Universidad de Buenos Aires (2012). Su tesis sobre la Corte Penal Internacional y el Crimen de Agresión fue calificada como *Sobresaliente* bajo la dirección de la Prof. Emérito Dra. Hortensia GUTIERREZ POSSE. Es docente en grado y posgrado en la Universidad Católica Argentina, en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Belgrano. Fue investigadora visitante en la Universidad de Amberes (2019/2020) y en el Instituto Max Planck para el Derecho Internacional Público y el Derecho Comparado (2014). Es miembro consultor del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales y de su Instituto de Derecho Internacional (2009).

Como principales órganos responsables del enjuiciamiento de los peores criminales de guerra del mundo y del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, respectivamente, la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas comparten una relación compleja y delicada. Este diálogo político-judicial resulta sumamente particular cuando se analiza el contexto derivado del conflicto armado entre Ucrania y Rusia, y la (potencial) existencia de alternativas jurisdiccionales en reemplazo. Este artículo se focaliza en el análisis de ese diálogo, las consecuencias que de allí se derivan y las alternativas de juzgamiento de aquellos individuos a quienes se les podría imputar responsabilidad penal por la comisión de crímenes internacionales.

1. Los mecanismos de activación de la competencia material de la CPI

Como cualquier sistema de administración de justicia, la CPI se limita a investigar situaciones de su competencia¹. Así, puede investigar un caso cuando un crimen internacional es (o ha sido presuntamente) cometido en el territorio de un Estado que es parte del tratado internacional que la creó –el Estatuto de Roma²– o bien, si la persona acusada del ilícito internacional es un nacional de un Estado parte de dicho instrumento³.

¹ La competencia material de la CPI está establecida en el artículo 5 del Estatuto de Roma: “Artículo 5 Crímenes de la competencia de la Corte 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.”

² El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9 el 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

³ El artículo 4 inciso 2 del Estatuto de Roma dispone: “(...) La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.”

Además, el inciso b) del artículo 13 del mencionado tratado confiere al Consejo de Seguridad de la ONU —actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas— la capacidad jurídica para remitir situaciones al tribunal internacional penal de carácter permanente⁴.

Estas remisiones incluyen situaciones en las que se cometieron crímenes internacionales, o existieran sospechas por su comisión, aun cuando ocurran en el territorio de Estados no parte del tratado internacional o por nacionales de aquél, extendiendo la jurisdicción de la CPI a cualquier Estado, sea o no un Estado Parte del tribunal internacional penal CPI. Esta capacidad jurídica de remisión del Consejo de Seguridad ha sido activada en dos oportunidades y, en este marco jurídico, el órgano remitió las situaciones en Darfur y en Libia a la Corte Penal Internacional, a través de las resoluciones 1593 (2005) y 1970 (2011), respectivamente⁵.

Ambas remisiones fueron hitos importantes para la CPI. Sin embargo, Darfur y Libia no fueron las únicas situaciones de conflicto fuera de la jurisdicción de la CPI que el Consejo de Seguridad de la ONU podría haber remitido al tribunal⁶, pero son selectos ejemplos si se tiene en consideración que no han existido más en la historia del órgano en las que haya habido consenso político para remitir una situación a la competencia del tribunal internacional penal de carácter permanente.

⁴ El ejercicio de la competencia de la Corte está establecido en el artículo 13 del Estatuto de Roma. Allí se dispone: “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.”

⁵ GALAND, Alexandre Skander, “UN Security Council Referrals to the International Criminal Court, Legal Nature, Effects and Limits”, Ed. Carsten Stahn, Larissa van den Herik, Nico Schrijver; Grotius Centre for International Legal Studies, The Hague, NL, 2020, pgs. 205.

⁶ Ver para más datos estadística sobre uso de poder de veto desde 1946 hasta septiembre 2022 publicada por la Biblioteca Virtual Dag Hammarskjöld: cf. <https://research.un.org/en/docs/sc/quick> (enlace verificado 24 de enero 2023).

El Consejo de Seguridad es un órgano político, sus decisiones se ven afectadas por su naturaleza, especialmente dada la intervención de sus miembros permanentes en proceso de toma de decisión en cuestiones de fondo⁷. Dichas decisiones son frecuentemente menos afectadas por consideraciones de justicia pura –o administración de justicia internacional penal con cierta coherencia– que por factores políticos relacionados con el conflicto en cuestión. Si bien la selectividad puede ser una postura justificable o inevitable desde el punto de vista del Consejo de Seguridad, este sesgo incorporado tiene serias implicaciones para las percepciones de legitimidad y la integridad de la CPI⁸.

Más allá de la permanencia en sí misma, el poder (de veto y voto) es probablemente la distinción más significativa de la Carta de la ONU entre miembros permanentes y no permanentes. Si bien el tratado internacional no establece expresamente la existencia de dicho poder, el concepto deriva de la interpretación de lo dispuesto por su artículo 27. Este articulado establece que todas las decisiones sustantivas que adopte el Consejo deben tomarse con “*los votos concurrentes de los miembros permanentes*”. Va de suyo que quedan excluidas de este requerimiento aquellas decisiones sobre temas de procedimiento o recomendaciones adoptadas por el órgano político. Este poder de veto (a través del voto) se ha abordado regularmente durante los debates anuales sobre los métodos de trabajo y se encuentra entre los temas que se plantean con mayor frecuencia en el marco de casi todas las discusiones sobre dichos métodos del Consejo⁹.

⁷ Desde el 16 de febrero de 1946, cuando la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) emitió el primer veto a un proyecto de resolución sobre la retirada de las tropas extranjeras del Líbano y Siria (S/PV.23), el veto (hasta 2020) se ha registrado 293 veces. El registro de uso del veto puede analizarse en: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9F9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/working_methods_veto.pdf

⁸ NYAWO, James, *State Party Referrals, UN Security Council Referrals and the Selection of Situations*. En *Selective Enforcement and International Criminal Law: The International Criminal Court and Africa*, 2017, Ed. Intersentia, Cambridge, UK, pg. 96.

⁹ THOMPSON, Shamala Kandiah; LANDGREN, Karin; ROMITA, Paul, *The United Nations in Hindsight: Challenging the Power of the Security Council Veto*, Cf. <https://www.justsecurity.org/81294/the-united-nations-in-hindsight-challenging-the-power-of-the-security-council-veto/> (enlace verificado 24 de enero 2023).

Los miembros permanentes usan este poder (de veto) para defender sus intereses nacionales, o bien algún principio relevante de su política exterior o, en algunos casos, para promover un solo tema de particular importancia para el Estado que representan¹⁰.

Independientemente de la decisión de remitir o no una situación a la CPI, es importante considerar cómo se hace una remisión. En su práctica actual, el Consejo de Seguridad ha impuesto ciertas condiciones destinadas a limitar y circunscribir exactamente qué debería ser cubierto por la jurisdicción de la Corte. A los fines de la presente investigación, resulta sumamente relevante analizar una situación en particular, aquella derivada del conflicto armado iniciado en febrero 2022 entre Rusia y Ucrania.

2. *El conflicto armado entre Ucrania y Rusia*

Desde el inicio de este conflicto armado internacional, el dinamismo es una característica que se observa en el día a día toda vez que no ha sido resuelto, no pareciera que tendrá fin en un futuro cercano y ha puesto a prueba el sistema del derecho internacional público contemporáneo¹¹.

Entonces, interesa analizar la activación de la Corte Penal Internacional a partir de este conflicto y las alternativas viables para la administración de justicia internacional penal. La Corte es una jurisdicción internacional de carácter permanente con competencia material sobre cuatro crímenes internacionales: crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de genocidio y crimen de agresión. De estos cuatro crímenes, tres fueron incorporados en el texto original del tratado negociado en 1998 (lesa humanidad, guerra y genocidio), mientras que la incorporación del crimen de agresión fue condicionada a la primera

¹⁰ AFOAKU, Osita G; OKECHUKWU, Ukaga; “United Nations Security Council Reform: a critical analysis of enlargement options”, *Journal of Third World Studies*, vol. 18, no. 2, 2001, pp. 149.

¹¹ HATHAWAY, Oona A., *How Russia’s invasion of Ukraine tested the international legal order*, Cf. (última consulta 19 de julio 2023) <https://www.brookings.edu/articles/how-russias-invasion-of-ukraine-tested-the-international-legal-order/>

revisión del Estatuto y su ratificación, proceso y arquitectura legal que se alcanzó en el año 2010, con vigencia operativa a partir del 2018¹².

Como se dijo, los mecanismos de acceso a la jurisdicción del tribunal internacional que establece el Estatuto de Roma son tres (3): a) por remisión de una situación por parte de un Estado Parte del Estatuto, en la que existiera una sospecha de comisión de alguno de los crímenes de competencia de la CPI; b) por remisión de una situación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando de conformidad con lo establecido en el capítulo VII de la Carta (esto es: la determinación de la existencia de una amenaza o el quebrantamiento a la paz y la seguridad internacionales o de un acto de agresión) y; c) por el inicio de una investigación de oficio del Fiscal de la CPI¹³.

En este marco normativo, el propio Estatuto de Roma establece que la Corte, en una remisión realizada por el Consejo de Seguridad, ejerce su jurisdicción sobre nacionales de Partes y no Partes en el Estatuto de Roma. Esto es lo que ha sucedido —quizá de manera selectiva— en las situaciones que el Consejo remitió a la Corte en los años 2006 y 2011, y fueron mencionadas: Darfur y Libia, respectivamente. En el caso del conflicto entre Ucrania y Rusia, esta posibilidad quedó absolutamente descartada desde el inicio de las hostilidades toda vez que el bloqueo del proceso de toma de decisión del órgano —en cuestiones que no fueran de procedimiento— requiere la inclusión del voto de los cinco (5) miembros permanentes del Consejo dentro de los nueve (9) votos afirmativos requeridos para la adopción de una decisión¹⁴.

¹² Resolución RC/Res.6 - Aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010 – Texto completo en español (última consulta 19 de enero 2023) disponible en: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf

¹³ CHOI, Jonathan, “Early Release in International Criminal Law”. *The Yale Law Journal*, Volumen 123, Número 6, 2014, p. 1804.

¹⁴ Resolución 2623 (2022) adoptada por el Consejo de Seguridad en su 8980ª Sesión 8980th celebrada el 27 de febrero 2022. Texto completo en inglés (última consulta 19 de enero 2023) disponible en: <https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-adopted-security-council-2022>

El conflicto armado entre Rusia y Ucrania no fue la excepción, de hecho, el órgano rechazó un proyecto de resolución¹⁵ destinado a poner fin a la ofensiva militar de la Federación Rusa contra ese Estado vecino. El borrador, presentado por Albania y Estados Unidos, obtuvo el apoyo de 11 miembros, pero fue vetado por la Federación Rusa. China, India y los Emiratos Árabes Unidos se abstuvieron. También, según el proyecto, el Consejo de 15 miembros habría deplorado, en los términos más enérgicos, la agresión de la Federación Rusa por violar el Artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas: la obligación de abstenerse de amenazar o utilizar la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. A más, el borrador también establecía el accionar del Consejo y la decisión de que la Federación de Rusia cesara de inmediato el uso de la fuerza contra Ucrania y retirara todas sus fuerzas militares de inmediato, completa e incondicionalmente, del territorio de ese país¹⁶.

Si se tiene en cuenta que la falta de unanimidad de sus miembros permanentes en la 8979ª sesión le ha impedido (al Consejo de Seguridad) ejercer su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, resulta necesario analizar las alternativas derivadas de la extrema selectividad del órgano político para remitir situación al tribunal internacional penal de carácter permanente.

Sobre la jurisdicción de la CPI en la situación general, hay que tener presente que Ucrania no es un Estado Parte del Estatuto de Roma, pero ha ejercido dos veces sus prerrogativas para aceptar la jurisdicción de la Corte sobre presuntos crímenes cometidos en su territorio. Estas declaraciones fueron hechas por el gobierno del Estado ucraniano en razón de lo establecido en el Estatuto de Roma de conformidad con el artículo 12(3)¹⁷.

¹⁵ S/PV.8980 Texto completo en inglés (última consulta 19 de enero 2023) disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N22/270/77/PDF/N2227077.pdf?OpenElement>

¹⁶ Ver para más información: <https://news.un.org/en/story/2022/02/1112802> (enlace verificado 19 de enero 2023).

¹⁷ El artículo 12 establece las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la CPI. En este criterio dispone: "1. *El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.* 2. *En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o*

Este artículo del Estatuto (12.3) establece la posibilidad de que un Estado que no sea parte de este instrumento pueda, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen (o los crímenes) que se trate. El Estado aceptante debe cooperar con la Corte, sin demora ni excepción, para promover la investigación de la situación en la que exista una sospecha por la comisión de crímenes internacionales de la competencia del tribunal¹⁸.

En este marco jurídico, el 9 de abril de 2014, se da a conocer la primera declaración presentada por el Gobierno de Ucrania¹⁹, a través de la cual aceptaba la jurisdicción de la CPI con respecto a los presuntos crímenes cometidos en territorio ucraniano desde el 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014. Y, el 25 de abril de 2014, la Fiscalía de la Corte inicia los exámenes preliminares sobre la situación de Ucrania.

Seguidamente, el 8 de abril de 2015, Ucrania emite una segunda declaración²⁰, a través de la cual prorrogó este período de forma indefinida para abarcar los presuntos crímenes en su territorio desde el 20 de febrero

han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen. 3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.” (énfasis agregado).

¹⁸ CHAN, James, “Judicial Oversight over Article 12(3) of the ICC Statute” en FICHL Policy Brief Series No. 11, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2013, Cf. <https://www.toaep.org/pbs-pdf/11-chan> (enlace verificado 24 de enero 2023).

¹⁹ El texto oficial de la primera declaración sobre la jurisdicción de la CPI realizada por el gobierno de Ucrania está disponible completo y en idioma inglés en (última consulta 19 de enero 2023): <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>

²⁰ El texto oficial de la segunda declaración sobre la jurisdicción de la CPI realizada por el gobierno de Ucrania está disponible completa y en idioma inglés en (última consulta 19 de enero 2023): https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine

de 2014 en adelante. Esta declaración se traduce como una manifestación de sometimiento por parte de Ucrania a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En esta segunda declaración, comunicada a la CPI a través de la representación diplomática de Ucrania ante el Reino de los Países Bajos (sobre la base normativa de la resolución adoptada por el Parlamento ucraniano), se hace mención a la sospecha por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por oficiales de la Federación Rusa y por líderes de las “seudorepúblicas” o Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk (DNR y LNR). En esta resolución se hace mención a la necesidad de establecer la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional —a través de la intervención de la Fiscalía de la Corte— de aquellos funcionarios involucrados en lo que Ucrania entiende como “agresión armada”, llevada adelante por Rusia, durante la cual parte del territorio independiente y soberano del estado ucraniano se vio afectado (la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sevastopol, y parte de las regiones de Donetsk y Luhansk fueron ocupadas)²¹.

El 11 de diciembre de 2020, la Fiscalía de la CPI anuncia la finalización de los exámenes preliminares concluyendo en que existen bases de razonabilidad para afirmar que un amplio conjunto de conductas criminales constitutivas de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad —ambos incluidos en la competencia material del tribunal internacional— habrían sido cometidos en la situación investigada en Ucrania²².

Y aquí ya queda habilitada la instancia judicial específica en el ámbito del tribunal internacional penal para que los órganos judiciales de la CPI, esto es la Sala de Cuestiones Preliminares (y eventualmente en segunda instancia la de Apelaciones), analicen la potencial tramitación de casos judiciales para el juzgamiento de los individuos que pudieran estar

²¹ FATIC, Aleksandar y BACHMANN, Klaus; *Transitional Justice in Challenging Societies*; Rowman and Littlefield International Ltd; 2018; p. 143.

²² Cf. *Report on Preliminary Examination Activities 2020* publicado por la Oficina de la Fiscalía de la CPI con fecha 14 de diciembre de 2020. Texto completo en inglés disponible en (enlace verificado 19 de enero 2023) <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>

sospechados de haber cometido crímenes internacionales de la competencia de la Corte.

Cuando estalla el conflicto que aquí se analiza, aquel que tiene como inicio la declaración de Putin como “operaciones militares” en una zona del territorio de Ucrania²³, el Fiscal de la CPI hace una declaración, el 28 de febrero 2022, en la que manifiesta que ha decidido “*seguir adelante con las*²⁴ *investigaciones que ya estaban abiertas dentro de la situación de Ucrania*”. Vale recordar que hasta ese momento no existían ni existen casos en proceso, sino únicamente una potencial investigación luego de la culminación de la etapa de exámenes preliminares.

Y aquí es interesante agregar que el propio Fiscal de la CPI es quien en sus declaraciones públicas manifiesta que ha asignado a su equipo para que explore la existencia de evidencia y la preservación de oportunidades en materia probatoria. Y agrega que pedirá autorización a la sala de Cuestiones Preliminares de la CPI para abrir una investigación. Y lo que llama la atención es que luego continúa diciendo que “*una ruta alternativa que establece el Estatuto de Roma y que podría acelerar la temática es que un Estado Parte del Estatuto remita la situación a la oficina de la Fiscalía*”²⁵.

Vale recordar que —hasta ese momento— todo el procedimiento se había iniciado por la aceptación de Ucrania —excepcional— de la jurisdicción del tribunal internacional penal, pero no había habido ningún

²³ Cf. <https://www.reuters.com/world/europe/russias-putin-authorises-military-operations-donbass-domestic-media-2022-02-24/> (enlace verificado 19 de enero 2023).

²⁴ Cf. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-icc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> (enlace verificado 19 de enero 2023).

²⁵ En su declaración pública, el Fiscal de la CPI expresa textualmente: “*I have already tasked my team to explore all evidence preservation opportunities. The next step is to proceed with the process of seeking and obtaining authorisation from the Pre-Trial Chamber of the Court to open an investigation. An alternative route set out in the Statute that could further expedite matters would be for an ICC State Party to refer the situation to my Office, which would allow us to actively and immediately proceed with the Office’s independent and objective investigations.*”

tipo de remisión en el marco de la arquitectura jurídica prevista – estrictamente– en el artículo 13 del Estatuto de Roma²⁶.

Y en este contexto, se activa uno de los mecanismos que dispone el Estatuto de Roma con relación a la remisión de una situación hecha por un Estado Parte del tratado internacional en la que existiera una sospecha de comisión de algunos de los crímenes internacionales que se encuentran bajo la competencia material de la Corte.

Este mecanismo es activado con la intervención de Lituania²⁷, que un día después de la declaración del Fiscal de la CPI, remite la situación a la CPI. Y luego se suma la remisión conjunta que realizan 39 Estados²⁸ de manera coordinada²⁹, a las que finalmente se sumaron las remisiones

²⁶ COCO, Antonio, *Article 13 ICC Statute - Exercise of Jurisdiction (Commentary)*, Ed. M. Klamberg, J. Nilsson en *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, 2020, Cf. <https://ssrn.com/abstract=2986193> (enlace verificado 24 de enero 2023).

²⁷ Carta de Remisión presentada por la República de Lituania: Cf. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/1041.pdf> (enlace verificado 23 de enero 2023).

²⁸ Carta de Remisión presentada por los siguientes Estados: República de Albania, Commonwealth de Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica, Hungría, República de Islandia, Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, República de Lituania, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República de Portugal, Rumania, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Cf. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/Article-14-letter.pdf> (enlace verificado 23 de enero 2023).

²⁹ Remisión anexada Cf. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/State-Party-Referral.pdf> (enlace verificado 23 de enero 2023).

realizadas por Japón³⁰, Montenegro³¹, Chile³² y Macedonia³³ en el período que va desde marzo a abril 2022.

Al momento en el que se desarrolla este artículo, la Fiscalía de la CPI lleva adelante su tarea sobre la base jurídica de, en primer lugar, la aceptación de la jurisdicción a través de las dos declaraciones por parte de Ucrania y, en segundo lugar, mediante la remisión múltiple de casi cincuenta (50) Estados Parte del Estatuto, que coincidieron en su análisis sobre la sospecha de comisión de crímenes internacionales en el territorio de Ucrania³⁴.

Queda por analizar sobre qué crímenes internacionales está interviniendo el tribunal internacional de carácter permanente en la situación de Ucrania. En este sentido, el alcance de las tareas investigativas que está realizando la Fiscalía de la Corte³⁵ pone su foco en tres de los cuatro crímenes que están bajo la competencia material del Tribunal: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio. Y llama la atención (o no tanto en realidad) que el cuarto crimen –el crimen de agresión– no esté siendo investigado por el tribunal internacional penal de carácter permanente. Este cuarto crimen –entendido como aquella conducta criminal que en el proceso de Núremberg se denominó “crímenes contra la paz” –fue incorporado operativamente a la competencia material de la Corte en el primer (y único hasta el momento) proceso de enmienda del Estatuto de Roma celebrado en Kampala, Uganda, en 2010³⁶, que entró en vigor en 2018.

³⁰ Carta de Remisión de Japón: Cf. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/JAPAN_referral.pdf (enlace verificado 23 de enero 2023).

³¹ Carta de Remisión de Montenegro. Cf. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/20220321164751497-ukraine-referral-montenegro.pdf> (enlace verificado 23 enero 2023).

³² Carta de Remisión de Chile. Cf. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/20220401-Chile-Letter-to-OTP.PDF> (enlace verificado 23 enero 2023).

³³ Carta de Remisión de Macedonia. Cf. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/State-Party-Referral-North-Macedonia.pdf> (enlace verificado 23 enero 2023).

³⁴ Detalle de las investigaciones realizadas por la CPI en la situación de Ucrania Cf: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine> (enlace verificado 19 de julio 2023).

³⁵ Cf. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_02159.PDF (enlace verificado 23 de enero 2023).

³⁶ Ver para ampliar Informe en idioma inglés elaborado por la ONG denominada “Parlamentarios para la Acción Global” vinculado a las Enmiendas al Estatuto de Roma.

Y lo que sucede es que existe una imposibilidad material, ya que para que la Corte intervenga en materia de procesamiento de individuos por la sospecha acerca de la comisión de un crimen de agresión, existe un régimen jurisdiccional más restringido, según el cual la CPI tiene: *Jurisdicción automática* cuando se cometen los presuntos ilícitos internacionales: a) dentro del territorio de un Estado Parte (jurisdicción territorial) y, b) por nacionales de un Estado Parte (jurisdicción de personalidad activa)³⁷.

Estas condiciones no se dan en la conflicto ucraniano-ruso ya que Rusia no es Estado parte del Estatuto de Roma y la situación, obviamente, resulta de imposible remisión por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas toda vez que Rusia es miembro permanente del órgano³⁸.

3. *La inmunidad de los líderes de los Estados involucrados*

A este análisis se suma un tema que quizá resulte fundamental y está vinculado con la inmunidad de los líderes de los Estados involucrados. En este sentido y con la intención de evitar que la división sobre el alcance del principio de improcedencia del cargo oficial pudiera afectar al efectivo ejercicio de la jurisdicción de la CPI, el artículo 27 del Estatuto³⁹ dedica dos apartados a la cuestión.

Cf. <https://www.pgaction.org/es/ilhr/rome-statute/amendments.html#:~:text=%C2%BF0u%C3%A9%20son%20las%20enmiendas%20de%20entrada%20en%20vigor%20del%20mismo>. (enlace verificado 23 enero 2023).

³⁷ QUIROGA, Tamara Geraldine “La definición de la agresión en el siglo XXI: acto y crimen de agresión, el juzgamiento del individuo responsable”, *Revista El Derecho Penal: Doctrina y Jurisprudencia*, Universidad Católica Argentina, 2013, número 7, pg. 5.

³⁸ *Ibid.*, pg. 9.

³⁹ El artículo 27 del Estatuto de Roma establece textualmente: “*Improcedencia del cargo oficial: 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.*”.

En primer lugar, recoge la tradicional definición del principio de improcedencia del cargo oficial, mientras que en el segundo se establece que "las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ellas". Es este segundo apartado el que asegura expresamente que la inmunidad personal de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores no sería aplicable ante la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En este marco legal, existe consenso en la doctrina⁴⁰ en que cada uno de los Estados Partes del Estatuto de la CPI —o aquellos Estados que han manifestado su consentimiento en obligarse por el contenido del tratado internacional (como el caso de Ucrania)— han renunciado de manera expresa a toda inmunidad personal y funcional que sus agentes pudieran haber tenido frente a la competencia de la Corte, conforme al derecho internacional consuetudinario.

Pero la problemática se complejiza cuando el tribunal internacional penal de carácter permanente pretende intervenir en el juzgamiento de Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores en ejercicio de Estados no parte del Estatuto de la CPI. En estos casos, el Estado del cual es nacional el imputado o sospechado por la comisión de los crímenes internacionales no ha renunciado expresamente a la inmunidad personal que ese nacional pudiera tener, conforme al derecho internacional consuetudinario, ante un tribunal internacional como la CPI⁴¹.

Entonces, estos Estados no partes del Estatuto de la CPI sólo podrán estar obligados a cooperar sobre la base legal de otros tratados internacionales de los cuales sí sean partes firmantes o adherentes o en los

⁴⁰ AMBOS, Kai, "La Guerra en Ucrania y la Corte Penal Internacional", traducción del alemán al español de Leandro DIAS, *Revista EN LETRA: DERECHO PENAL*, Año VI, número 12 (2022), pp. 6-14.

⁴¹ FARINELLA, Favio, Responsabilidad de Jefes de Estado por su participación en crímenes internacionales (Sobre la posibilidad de juzgar penalmente a los "líderes públicos criminales"); *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata (UNLP); Año 14, número 47; 2017; p. 589.

cuales exista una manifestación de consentimiento en obligarse por el contenido de tales tratados⁴².

Como ejemplo, y en particular, se puede mencionar el artículo VI de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio (adoptada en 1948 y en vigor desde 1951) que obliga a los Estados Parte de la Convención a llevar a las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, a ser juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción (por ejemplo, la CPI)⁴³.

Pareciera que los líderes militares y políticos rusos –recordemos que Rusia no es parte de la CPI– no podrían ampararse en su inmunidad como Jefe de Estado si la CPI emitiera una orden de detención contra aquellos toda vez que la orden tendría que ser ejecutada, en todo caso, por

⁴² En particular, el art. VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII en 1948; obliga a los Estados Parte a llevar a los sospechados de haber cometido un genocidio ante un tribunal penal internacional competente. Textualmente establece: “*Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.*” Cf. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm> (enlace verificado 23 de enero 2023).

⁴³ El Artículo IX de la Convención establece que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) es el órgano responsable de resolver las controversias relacionadas con la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención. En este criterio, la CIJ ha declarado en repetidas ocasiones que el tratado internacional contiene principios que forman parte del derecho consuetudinario general internacional. Entre estos, se encuentra la prohibición del genocidio, así como la obligación de prevenir y castigar este acto. Como parte del derecho consuetudinario internacional, estas obligaciones son vinculantes para todos los Estados, hayan o no ratificado la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Cf. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> (enlace verificado 23 de enero 2023), *International Court of Justice, Reports of judgments, advisory opinions and orders, case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Sentencia del 26 de febrero de 2007, pgs. 153-154.

los Estados Partes de la Corte y los Estados que no son Partes estarían eventualmente autorizados a ejecutarla, en razón de la referencia legal que se mencionó anteriormente con respecto a otros tratados internacionales⁴⁴.

Y aun cuando en la situación derivada del conflicto armado entre Rusia y Ucrania la activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional pueda no resultar efectiva –sea por el congelamiento del proceso de remisión que establece el artículo 13 (b) del Estatuto de Roma o bien, por la (hipotética) implementación del contenido del artículo 16 del mencionado tratado por parte del órgano político– aquí es cuando los doctrinarios y doctrinarias que estudian el Derecho Internacional Penal comienzan un proceso de creatividad y de *brain storming* intelectual que resulta interesante para analizar si lo que se pretende es encontrar alternativas procesales para avanzar con el procesamiento de individuos por la sospecha de comisión de un crimen de agresión⁴⁵.

4. *Alternativas jurisdiccionales en reemplazo de la CPI*

Entre estas iniciativas, aparecen dos que merecen ser mencionadas: la primera tiene que ver con una propuesta del Presidente de Ucrania, Volodymyr Selenksyy, comunicada de manera pública en abril de 2022⁴⁶ y que tiene como objetivo la creación de un mecanismo “híbrido”⁴⁷ dentro

⁴⁴ SLUITER, Göran, Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al Bashir Case, *Journal of International Criminal Justice*, Volumen 8, Issue 2, Mayo 2010, pgs. 365–382.

⁴⁵ Hay que recordar que la investigación que realiza la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en la situación de Ucrania, no contempla el tipo penal del crimen de agresión, sino (únicamente) la sospecha de comisión de los otros tres tipos penales establecidos en el Estatuto de Roma. Cf. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/22-7> (enlace verificado 24 de enero 2023).

⁴⁶ GALAND, Alexandre; *A Special Justice Mechanism for the Crime of Aggression Against Ukraine – For Who, By Who, Against Who?* en *Opinio Juris Blog*, Cf. <http://opiniojuris.org/2022/05/09/a-special-justice-mechanism-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine-for-who-by-who-against-who/> (enlace verificado 24 de enero 2023).

⁴⁷ La declaración pública del Presidente de Ucrania Volodymyr Selenskyk realizada con fecha 3 de abril de 2022 textualmente establece: “*I approved a decision to create a special mechanism of justice in Ukraine for the investigation and judicial examination of every crime of the occupiers on the territory of our state. The essence of this mechanism is the joint work of national and international experts: investigators, prosecutors and judges. This*

del sistema judicial doméstico, para el procesamiento de individuos por la comisión de crímenes internacionales en el territorio del Estado que él preside.

En los puntos a definir estaría cuál es la naturaleza jurídica de esta jurisdicción, sea que se trate de una jurisdicción penal interna internacionalizada, de las características que tuvieron las salas extraordinarias (o especiales) en Camboya⁴⁸, creadas a través de un tratado internacional entre ese Estado y la ONU⁴⁹; o el tribunal especial para Sierra

mechanism will help Ukraine and the world bring to concrete justice those who unleashed or in any way participated in this terrible war against the Ukrainian people and in crimes against our people.” Cf. <https://www.president.gov.ua/en/news/chas-zrobiti-vse-shob-voyenni-zlochini-rosijskih-vijskovih-s-74053> (enlace verificado 24 de enero 2023).

⁴⁸ Las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (ECCC, por sus siglas en inglés) son consideradas como una jurisdicción penal camboyana de carácter híbrido ya que recibe asistencia internacional a través del mecanismo de Asistencia de las Naciones Unidas para los Juicios de los Jemeres Rojos (UNAKRT, por sus siglas en inglés). El tribunal también se conoce informalmente como Tribunal de los Jemeres Rojos o Tribunal de Camboya. Cf. <https://www.eccc.gov.kh/en/introduction-eccc> (enlace verificado 31 de enero 2023).

⁴⁹ El mecanismo de Asistencia de las Naciones Unidas para los Juicios de los Jemeres Rojos (UNAKRT, por sus siglas en inglés) proporciona asistencia técnica a las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (ECCC, por sus siglas en inglés). La ECCC es una institución judicial, establecida de conformidad con la ley camboyana y respaldada por personal internacional. Según los términos del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya, las Salas Extraordinarias tienen el mandato de llevar a juicio a los principales líderes de Kampuchea Democrática y a los principales responsables de los crímenes y violaciones graves del derecho penal camboyano, el derecho internacional humanitario y la costumbre y los convenios internacionales reconocidos por Camboya, que se cometieron durante el período comprendido entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979. La jurisdicción material de las Salas Extraordinarias incluye el crimen de genocidio según se define en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, los crímenes de lesa humanidad según se definen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 y las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y los demás delitos definidos en el Capítulo II de la Ley sobre el Establecimiento de Salas Especiales promulgada el 10 de agosto de 2001. La Adenda al Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya, que entró en vigor en diciembre de 2021, confiere a la ECCC funciones residuales que comenzarán una vez finalizadas las actividades judiciales. Cf. <https://www.unakrt-online.org/about-us> (enlace verificado 31 enero 2023). El texto completo del tratado internacional suscrito en 2003 entre Camboya y la Organización de las Naciones Unidas está disponible (en idioma inglés) en el siguiente link: <http://www.unakrt-online.org/documents/agreement-between-united-nations-and-royal-government-cambodia-concerning-prosecution> (enlace verificado 31 de enero 2023).

Leona que, cabe recordar, fue establecido (también) a través de un tratado internacional⁵⁰ entre la ONU y el gobierno de Sierra Leona en enero de 2002, proceso en el cual el CS tuvo una intervención determinante⁵¹ a través de la Resolución 1315 del 14 de agosto del 2000⁵². Además, en la competencia material de ambas jurisdicciones penales de carácter híbrido (o mixto) se excluyó expresamente el procesamiento de individuos por la comisión de un crimen de agresión⁵³.

La segunda alternativa sería aquella que promueven algunos doctrinarios y doctrinarias y es aquella que fomenta que la jurisdicción internacional penal que investigue la (potencial) comisión de un crimen

⁵⁰ Cf. <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf> (enlace verificado 31 de enero 2023).

⁵¹ El tratado internacional establece en sus considerandos que el Consejo de Seguridad, en su resolución 1315 (2000), de 14 de agosto de 2000, expresó profunda preocupación por los gravísimos crímenes cometidos dentro del territorio de Sierra Leona contra el pueblo de Sierra Leona y el personal asociado y de las Naciones Unidas y en las condiciones prevalecientes situación de impunidad; agrega además que mediante dicha resolución, el Consejo de Seguridad solicitó al Secretario General que negociar un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para crear un organismo especial independiente tribunal para enjuiciar a las personas que tienen la mayor responsabilidad en la comisión de graves violaciones del derecho internacional humanitario y crímenes cometidos bajo la ley de Sierra Leona; a más, agrega que el Secretario General de las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona han celebrado dichas negociaciones para el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona y que, en ese marco, las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona han acordado el contenido del tratado internacional. Ver *supra* nota 347.

⁵² S/RES/1315 (2000), Cf. <https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-adopted-security-council-2000> (enlace verificado 31 enero 2023).

⁵³ El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona establece en su artículo 1 que éste tendrá la facultad de enjuiciar a las personas (físicas) por las graves violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho doméstico cometidas en el territorio de Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996, incluidos los líderes que, al cometer tales crímenes, han amenazado con el establecimiento y la implementación del proceso de paz en Sierra Leona. Ver nota *supra* 347. En relación a la competencia material de las salas extraordinarias de Camboya, el artículo 1 del acuerdo internacional que las establece, dispone en su objeto en regular la cooperación entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya para llevar a juicio a los principales líderes de la República Popular de Kampuchea Democrática y los máximos responsables de los crímenes y graves violaciones del derecho penal camboyano, el derecho internacional humanitario y las costumbres, y convenios internacionales reconocidos por Camboya, que se comprometieron durante el período del 17 de abril de 1975 al 6 de enero de 1979. El Acuerdo proporciona, entre otras cosas, la base jurídica y los principios y modalidades de dicha cooperación. Ver nota *supra* 346.

de agresión en el territorio de Ucrania (por Rusia) sea constituida a través de un tratado internacional y cuente con el marco legal que otorga una recomendación adoptada a través de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁵⁴.

Esta última alternativa abre múltiples interrogantes de índole legal tales como: i) la función del Consejo de Seguridad en su capacidad jurídica para determinar la existencia de un acto de agresión⁵⁵ como un elemento fundamental para la configuración del tipo penal propio del crimen de agresión⁵⁶; ii) el esquema de duplicidad concurrente entre éste órgano político y la Asamblea General en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁵⁷; iii) los antecedentes históricos de resoluciones adoptadas por la AG para el establecimiento de jurisdicciones internacionales penales (y su legitimidad)⁵⁸; iv) el debate sobre la debilidad

⁵⁴ A/ES-11/7-S/2022/616 Cf. <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2022/09/UNSC-Letter-12-August-2022.pdf> (enlace verificado 31 enero 2023). La serie completa del aporte doctrinario al que se hace referencia que versa sobre la Asamblea General de las Naciones Unidas y la creación de una jurisdicción internacional penal para el crimen de agresión se encuentra disponible (en inglés) en el siguiente link: <https://www.justsecurity.org/tag/u-n-general-assembly-and-international-criminal-tribunal-for-aggression-against-ukraine/> (enlace verificado 31 enero 2023).

⁵⁵ CRYER, Robert. "The Security Council and article 39: a threat to coherence?" *Journal of Armed Conflict Law* 1, Número 2, 1996, pgs. 161–95.

⁵⁶ QUIROGA, Tamara. Ver nota *supra* 334, pp. 9.

⁵⁷ AFOAKU, Osita et al. Ver *supra* nota 309.

⁵⁸ El acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al enjuiciamiento con arreglo al derecho camboyano de los delitos cometidos durante el período de La Kampuchea Democrática debe verse en el contexto del desarrollo de derecho internacional penal durante la década de 1990. En 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas había establecido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. En 1994, había establecido el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Al mismo tiempo, la Comisión de Derecho Internacional y el Sexto Comité (Jurídico) de la Asamblea General de las Naciones Unidas se dedicaron a preparar el borrador de lo que en 1998 se convirtió en el Estatuto de Roma de la Internacional Corte Criminal. Y en 2002, un año antes del acuerdo entre Naciones Unidas y Camboya fue firmado, el Tribunal Especial para Sierra Leona fue establecido como resultado de una solicitud a las Naciones Unidas en 2000 por parte del Gobierno de Sierra Leona para "un tribunal especial" para hacer frente a los crímenes graves contra civiles y el personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas cometidos durante la década de guerra civil del país (1991-2002). La génesis del acuerdo entre las Naciones Unidas y Camboya fue una carta al entonces Secretario General Kofi Annan de fecha 21 de junio de 1997 de los dos Primeros Ministros del Gobierno Real de Camboya en el que solicitan "la asistencia de las Naciones Unidas y la comunidad

que una arquitectura judicial de estas características le traería a la CPI⁵⁹; v) la posibilidad de que dicha resolución fuera adoptada por la AG en el marco de los antecedentes de la resolución unión *pro paz*⁶⁰, pero esta vez con fines de juzgamiento de conductas criminales por responsabilidad penal internacional.

Estas cuestiones –si bien exceden el marco general teórico elegido para el presente artículo– remiten a la necesidad de analizar el concepto de la independencia judicial como un indicador de la efectividad del accionar de los tribunales internacionales en la esperanza idealista de lograr (la) en una jurisdicción internacional penal de carácter permanente como la CPI.

internacional para llevar ante la justicia a los responsables del genocidio y crímenes de lesa humanidad durante el gobierno de los Jemeres Rojos de 1975 a 1979”. La carta también contenía la siguiente aclaración: “Somos conscientes de esfuerzos similares para responder a la genocidio y crímenes de lesa humanidad en Ruanda y la ex Yugoslavia, y pedir que se preste una asistencia similar a Camboya”. **El Secretario General transmitió la carta a los Presidentes de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad el 23 de junio de 1997 (A/51/930-S/1997/488). La respuesta vino de la Asamblea General. En su resolución 52/135, de 12 de diciembre de 1997, el Secretario General fue pidió que examinara la solicitud, incluida la posibilidad de nombrar un grupo de expertos para evaluar la evidencia existente y proponer medidas adicionales.** El 13 de julio de 1998, el Secretario General nombró un Grupo de Expertos para evaluar las pruebas existentes, evaluar la viabilidad de llevar a los líderes de los Jemeres Rojos ante la justicia y explorar opciones para hacerlo ante un tribunal internacional o jurisdicción internacional. (énfasis agregado). Cf. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/abunac/abunac_e.pdf (enlace verificado 31 de enero 2023).

⁵⁹ CARTER, Linda E.; “The Future of the International Criminal Court: Complementarity as a Strength or a Weakness?”; *Washington University Global Studies Law Review*; Volumen 12; 2013; p. 455. Cf. <https://journals.library.wustl.edu/globalstudies/article/212/gallery/17051/view/> (enlace verificado 31 de enero 2023).

⁶⁰ PEROTTI PINCIROLLI, Ignacio; “La Asamblea General de Naciones Unidas condena la agresión de Rusia a Ucrania”; Cf. <https://aquiencia.net/2022/03/03/al-hilo-de-la-resolucion-de-la-asamblea-general-que-condena-la-invasion-de-rusia-a-ucrania-las-sesiones-extraordinarias-de-emergencia-y-la-resolucion-union-pro-paz/> (enlace verificado 31 de enero 2023).

5. *Conclusión*

Benjamin Ferencz⁶¹, dijo una vez: “*Los cinco miembros permanentes, los más capaces de amenazar la paz, decidirían si el uso de la fuerza era criminal o no. Los halcones insistieron en ser los guardianes del gallinero*”. Décadas más tarde, la predicción de Ferencz está demostrando ser cierta. Rusia ha bloqueado cualquier acción contra su agresión en el Consejo de Seguridad, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, han sido fundamentales para condenar – políticamente– el accionar de Rusia. En marzo 2023, 141 países apoyaron el establecimiento de una paz justa y duradera en Ucrania, en plena conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La resolución⁶² exige que Rusia rinda cuentas por los crímenes más graves cometidos en Ucrania⁶³ y condena todas las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones y los abusos de los derechos humanos.

La investigación de la CPI tiene un impacto político relevante y preventivo, subraya que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad a una escala de las que se alegan en Ucrania no debe quedar impune. Aunque la eficacia del tribunal hasta ahora ha sido limitada, su intervención en esta situación ha generado un apoyo sin precedentes. En el mejor de los escenarios, la publicidad de las investigaciones podría disuadir a los comandantes de las fuerzas armadas rusas de atacar objetivos civiles y cometer otros crímenes de guerra, o incluso debilitar la estrategia militar rusa, hasta que quizá, el conflicto armado llegue a su fin⁶⁴.

⁶¹ A partir de 1945, con su participación como fiscal en el Tribunal de Núremberg, el trabajo de Benjamin Ferencz se centró en cuestiones de justicia internacional penal internacional y paz mundial. Fuerte partidario para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, dedicó gran parte de su vida a los esfuerzos por reemplazar el “estado de la fuerza por el estado de derecho”. Cf. <https://benferencz.org/> (enlace verificado 19 de julio 2023).

⁶² A/RES/ES-11/1 Cf.

⁶³ TAMMSSAR, Rein, *An International Special Tribunal is the Only Viable Path to a Just and Lasting Peace in Ukraine*, Cf. <https://www.justsecurity.org/86516/an-international-special-tribunal-is-the-only-viable-path-to-a-just-and-lasting-peace-in-ukraine/> (enlace verificado 19 de julio 2023).

⁶⁴ LERCH, Marika, *Russia's war on Ukraine in international law and human rights bodies: Bringing institutions back in*, Parlamento de la Unión Europea, Brief abril 2022, pg. 4. Cf.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/639322/EXPO_BRI\(2022\)639322_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/639322/EXPO_BRI(2022)639322_EN.pdf) (enlace verificado 19 de julio 2023).

LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN TERRITORIOS OCUPADOS

N. GLADYS SABIA DE BARBERIS*

SUMARIO: I. Introducción. II. La ocupación beligerante y otras situaciones. Marco teórico. II.1) Derecho internacional humanitario. II.2) Relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. II.3) Relaciones entre el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional ambiental. III. Conflictos armados, la protección del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales en la Comisión de Derecho Internacional. III.1) Derecho vigente. III.2) Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional. IV. Conclusiones.

I. Introducción

La ocupación de territorios, en caso de conflictos armados, está alcanzada por un conjunto de normas tanto de carácter convencional como consuetudinario, que regulan la conducta de los ocupantes y que han sido interpretadas por la jurisprudencia internacional y por la doctrina con un carácter evolutivo en razón de los nuevos desafíos que ha ido presentando, a través del tiempo, la comunidad internacional. En este trabajo repasaré en forma sucinta el concepto de ocupación beligerante y de nuevas formas de ocupación, para tratar de delinear posteriormente cuáles son, en la actualidad, los derechos y obligaciones de los ocupantes en materia de gestión y protección de los recursos naturales en los territorios ocupados.

Es un tema, a mi entender, muy interesante, ya que muchos conflictos bélicos se han desatado por el acceso a ciertos recursos naturales

* Directora del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI).

considerados estratégicos, como lo fueron en su momento el carbón y el acero y posteriormente el petróleo, los diamantes, el oro, las materias primas para usos tecnológicos e incluso el agua apta para el uso humano y animal. Sin embargo, recién en los últimos cincuenta años se ha manifestado una creciente preocupación por la protección ambiental y la gestión sustentable de los recursos naturales y en la actualidad se presenta como un tema insoslayable.

En la Antigüedad y en la Edad Media, en las que primaba un concepto patrimonial del territorio, la ocupación implicaba el desplazamiento inmediato de la soberanía sobre el territorio en cuestión. En este sentido, Robert Kolb y Sylvain Vité expresan: “La conquête, à savoir le fait de guerre exprimé dans le contrôle effectif du territoire ‘occupé’, vaut immédiatement et en lui-même comme titre d’acquisition...”¹.

Es decir, en su origen, la ocupación en caso de conflictos armados tenía como efecto la anexión de territorios y, por ende, el desplazamiento de la soberanía sobre el territorio en cuestión al ocupante.

Este concepto de transferencia de soberanía evolucionó parcialmente de acuerdo con la calificación de la guerra en justa o injusta, limitándose la transferencia al primer caso, pero ya los siglos XVIII y XIX marcan el final del principio del desplazamiento de la soberanía, así como también el afianzamiento paulatino de un *jus in bello* aplicable a todas las partes en conflicto, sin importar su origen.

Para los autores mencionados, la transferencia de soberanía se oponía a un nuevo principio de orden público europeo que impulsaba el equilibrio entre las Potencias, como surge de la Paz de Westfalia de 1648, la Paz de Utrecht de 1713 y, sobre todo, de las Actas del Congreso de Viena de 1815, para lo cual se imponía una cierta estabilización de las posesiones recíprocas. “Cette idée d’équilibre des Puissances pousse l’émergence du

¹ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, “Le droit de l’occupation militaire, Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels”, *Collection de l’Académie de Droit International Humanitaire et de Droits Humains à Genève*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p.10.

concept modern d'occupation au XIX siècle, au moment précisément où l'équilibre des puissances sera à son apogée”².

El derecho de la ocupación beligerante se rige por el derecho internacional humanitario que también ha evolucionado desde el derecho de La Haya (1899-1907) al derecho de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, ya que el concepto de guerra formal fue sustituido por el de conflicto armado, lo que permitió extender su aplicabilidad a un abanico más amplio de situaciones, aunque no existiese declaración de guerra. Esto está en línea con la Carta de las Naciones Unidas, que prohibió el uso de la fuerza y no solo de la guerra formal, como era en el caso de la Sociedad de las Naciones.

Asimismo, es un tema importante la interacción del derecho internacional humanitario con la normativa referente a los derechos humanos, siendo en realidad ambos sistemas complementarios y también, cada vez más, con la normativa ambiental y de los recursos naturales, que será materia de este trabajo.

Los autores mencionados han realizado un profundo estudio de la evolución del derecho de la ocupación y destacan:

“Depuis la codification de 1949, les victimes potentielles de la guerre – en territoire occupé les civils – forment l’objet principal de la réglementation juridique du droit international humanitaire. Il y a là un changement de paradigme. Tandis que le Règlement de 1907 se focalisait principalement sur l’administration militaire du territoire occupé, la Convention de 1949 se préoccupe directement de la protection des civils. Le contenu du régime de l’occupation a ainsi passé par une profonde évolution”³.

A lo largo de este trabajo me referiré a otras situaciones que pueden presentarse, como, por ejemplo, las ocupaciones prolongadas, aquellas que se desarrollan con intervención de las Naciones Unidas y los conflictos armados internos, a los efectos de constatar si el régimen jurídico de la ocupación les es o no aplicable.

² KOLB, Robert y VITE, Sylvain, Ídem, p. 13.

³ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, Ídem, p. 3.

No obstante la tipificación del concepto de “ocupación”, en el que se excluye toda transferencia de soberanía, siguen existiendo algunos casos en el siglo XXI en los que los ocupantes pretenden anexar un territorio y ejercer sobre él su soberanía.

II. La ocupación beligerante y otras situaciones. Marco teórico

En esta parte analizaré el amplio campo de las normas aplicables, provenientes del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional ambiental y, especialmente, me detendré en su complementariedad.

II.1) *Derecho internacional humanitario*

Las normas de la ocupación están codificadas en el Reglamento de la Haya Anexo a la Convención II de 1899 y IV de 1907 y desarrolladas en la IV Convención de Ginebra de 1949 con su Protocolo Adicional I de 1977 y las normas consuetudinarias respectivas, así como también en otros acuerdos como, por ejemplo, la Convención de La Haya para la protección de la propiedad cultural en los conflictos armados de 1954.

Según Benvenisti: “The law of occupation operates as a gap filler—in fact the only gap filler— assigning authority to one state to act in the territory of another state”⁴.

El artículo 42 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907, cuyos conceptos reiteran los términos del artículo 42 del Reglamento Anexo a la Convención de 1899, prescribe en su texto original en francés en relación con la ocupación: “Un territoire est considéré comme occupé lorsqu’il se trouve placé de fait sous l’autorité de l’armée ennemie. L’occupation ne s’étend qu’aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s’exercer”. El texto en inglés de la misma disposición es el siguiente: “Territory is considered occupied when it is actually placed under the

⁴ BENVENISTI, Eyal, *The International Law of Occupation*, second edition, Oxford University Press, 2021, p. 1.

authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”.

La doctrina, en general, señala ambos textos a fin de dilucidar si existe alguna diferencia entre ellos que deje espacio a las distintas interpretaciones que se han dado tanto en doctrina como en casos jurisprudenciales. En referencia a ello, Buis manifiesta que las diversas traducciones oficiales del texto citado consolidan la misma idea de que debe tratarse de una situación de hecho⁵.

Sin embargo, algunos autores se preguntan si la palabra “*actually*” no enfatiza la efectividad en la imposición de la autoridad y, además, han abundado las discusiones acerca de si la segunda parte del artículo es redundante o si se trata de dos condiciones distintas y acumulativas.

Benvenisti aclara que el artículo replica el artículo 1 de la Declaración de Bruselas de 1874 y, por tal motivo, investigó en los trabajos preparatorios de esa Declaración, cuyos debates revelaron profundas divisiones entre los participantes. La redacción inicial de la delegación rusa, si bien se refería a las consecuencias jurídicas de la ocupación, no aportaba ninguna definición acerca de los aspectos espacial y temporal que se necesitaban para desencadenar ese *status* de territorio ocupado. Por una parte, Alemania y Rusia, que se percibían como potenciales ocupantes, consideraban que la ocupación emergía cuando una fuerza armada extranjera establecía su autoridad sobre el territorio invadido. En cambio, los Países Bajos, Bélgica, Suiza y Francia consideraban que existían dos fases acumulativas:

“First, the foreign army captures strategic military positions and drives out the forces of the sovereign; Second, the foreign army sends in more troops, secures its lines of communications and takes control of the management of the area also in relation to the local population. Occupation commences only at this stage...”⁶.

⁵ BUIS, Emiliano Jerónimo, “La aplicabilidad *ratione temporis* del derecho internacional humanitario y las ocupaciones militares prolongadas en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, en *Temas relacionados con la Opinión Consultiva sobre la construcción del muro*, coordinado por Julio BARBOZA, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), Instituto de Derecho Internacional, Buenos Aires, 2005, p. 53.

⁶ BENVENISTI, Eyal, op. cit., p. 45.

Finalmente se agregó en la citada Declaración “*en mesure de s’exercer*”, que fue traducido al idioma inglés como “*can be exercised*”, ya que de esa forma se aseguraban los votos de los países que apoyaban las dos fases acumulativas a fin de que la Declaración de Bruselas fuese adoptada. La interpretación ha variado en la jurisprudencia y en la opinión de los juristas, pero esa posición de considerar la existencia de dos elementos acumulativos, según Benvenisti, ha surgido nuevamente en el caso de las actividades armadas en el territorio del Congo. Sobre el particular expresó:

“Except for one district, where actual authority had been established and amounts to occupation hence regarded by the Court as occupied, the ICJ accepts Uganda’s argument that in other areas is controlled only land, not people, and therefore did not ‘occupy’ them. In other words, in the ICJ’s view, only direct authority over a population amounts to occupation”⁷.

En efecto, en el caso referente a las actividades armadas sobre el territorio del Congo que involucró a la República Democrática del Congo (RDC) y a Uganda —al que me referiré con frecuencia en este trabajo, ya que se expide sobre distintos aspectos del tema que nos ocupa— se planteó la siguiente cuestión: “il emporte que la Cour examine la question de savoir si l’Ouganda était ou non une puissance occupante dans les parties du territoire congolais où ses troupes étaient présentes à l’époque pertinente”⁸.

De acuerdo con la posición de la RDC, las fuerzas armadas de Uganda ejercían, *de facto*, funciones de gobierno y un control efectivo en algunas regiones de ese país, por lo que, aunque no hubieran estado presentes en la totalidad del inmenso territorio del norte y del este, ello no impedía en absoluto considerar a Uganda como potencia ocupante en los territorios en los que sus fuerzas ejercían el control⁹.

⁷ BENVENISTI, Eyal, op. cit., p. 50.

⁸ C.I.J., *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*, (République démocratique du Congo/Ouganda), arrêt, *Recueil 2005*, párr. 166.

⁹ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 169.

La Corte consideró que, para llegar a una conclusión acerca de si un Estado cuyas fuerzas militares están presentes sobre el territorio de otro Estado mediante una intervención es una potencia ocupante en el sentido que lo entiende el *jus in bello*, debe examinarse primero si existen elementos suficientes que demuestren que:

“ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l’État auteur de l’intervention. La Cour doit en l’espèce s’assurer que les forces armées ougandaises présentes en RCD n’étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu’elles avaient légalement substitué leur propre autorité à celle du gouvernement congolais”¹⁰.

En esa investigación, la Corte solo encontró que se daban las condiciones del artículo 42 en el distrito de Ituri, por lo que en su sentencia hizo una distinción entre los actos ilícitos cometidos por Uganda en su carácter de ocupante de Ituri de los demás cometidos en territorio de la RDC.

No obstante ello, para Benvenisti:

“The better interpretation of the test for occupation therefore stipulates that occupation begins when the foreign army is in actual control over enemy territory, and is in a position to establish, if it so wishes, an authority of its own over the population. It is irrelevant whether the army actually does so. By assuming control over the land, the occupant assumes responsibility over the population situated on the land”¹¹.

En la Reunión de Expertos convocados por la Comisión Internacional de la Cruz Roja (ICRC), estos expresaron su desacuerdo con la interpretación de la Corte Internacional de Justicia en el caso de RDC contra Uganda, ya que la consideraron demasiado estrecha y señalaron que no reflejaba la *lex lata*:

“The experts asserted that while the ICJ’s focus on actual exercise of authority could introduce more certainty as to whether an area was occupied or not, it would also facilitate the creation of more legal black holes that would remain beyond the scope of responsibility of any

¹⁰ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 173.

¹¹ BENVENISTI, Eyal, *op. cit.*, p. 50.

authority, resulting ultimately in a protection gap for the individuals trapped in such areas”¹².

A su vez, el artículo 43 del Reglamento de 1907, que sigue la línea del Reglamento de La Haya 1899, establece:

“Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”.

Este artículo, a mi entender, parecería reforzar la idea que la ocupación lleva consigo la autoridad sobre el territorio y sobre la población en su integralidad. Ahora bien, como el “pase de mano” es una cuestión de hecho, podría ocurrir que exista un tiempo en el que el ocupante no ejerza un gobierno efectivo, pero que el gobierno soberano, al ser desplazado, pierda el control sobre el territorio y su población. Para evitar esa situación de ambigüedad, sería bueno que, ocurrido el despliegue de las tropas y si estas tuvieran la capacidad para ejercer su gobierno, ya se considerara que se trata de una potencia ocupante con sus derechos y obligaciones. Sin embargo, se constatará en este trabajo que esa interpretación no triunfó.

En cuanto a las Reglas de La Haya, estas fueron consideradas como mínimas y, por lo tanto, insuficientes y excesivamente flexibles. En opinión de Kolb y Vité, la codificación beligerante no interesaba a las grandes potencias militares susceptibles de ocupar territorios enemigos, pero tampoco a los pequeños países. Estos autores comprenden la actitud de las grandes potencias que no querían ver limitadas sus acciones, pero critican el error de percepción de las pequeñas y medianas potencias de considerar que esas reglas consagraban derechos del ocupante sobre su territorio y, por lo tanto, constituían una traición a la patria en lugar de considerarlas como una protección brindada por el derecho internacional llegado el caso de una invasión¹³.

¹² ICRC, Expert Meeting Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory. Report prepared and edited by Tristan Ferraro, Legal Adviser, 2012, p. 19.

¹³ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op. cit., p. 20.

Surge de estas prescripciones que, para los Reglamentos de La Haya, la ocupación se circunscribía a la “ocupación beligerante”, es decir cuando el control efectivo se realizaba a través de la invasión por parte de una fuerza armada. Es tan sólo en una evolución posterior que se ampliará el concepto a otras situaciones, como se puede constatar en el IV Convenio de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional de 1977.

En efecto, el artículo 2 del IV Convenio de Ginebra, que es común a las cuatro convenciones, prescribe en la parte pertinente:

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

El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”.

Kolb y Vité manifiestan que: “Compte tenu de ces développements, il n'est plus nécessaire que le contrôle territorial soit imposé à l'occasion d'un affrontement armé pour que l'on puisse parler d'occupation”¹⁴.

A su vez, el Protocolo adicional I de 1977, que tuvo como objetivo completar los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, contiene un artículo 1, que en su párrafo 3 prescribe: “El presente Protocolo, que contempla los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios”.

A su vez, el párrafo 4 del citado artículo agrega:

“Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio de los derechos de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de

¹⁴ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op.cit. p. 76.

amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Esta disposición confirma que ese tipo de hostilidades genera conflictos armados internacionales. “Dès lors le droit de l’occupation est susceptible d’être appliqué dans les hypothèses mentionnées. En aucune cas il ne peut être affirmé que ces dernières relèvent d’une question intérieure en vue de justifier une mise à l’écart de ce régime juridique”¹⁵.

Las definiciones descritas no siempre han sido tenidas en cuenta para calificar un caso concreto. Pellet y Didier dan como ejemplo de esa situación el hecho de que la Asamblea General de las Naciones Unidas, a pesar de haber condenado la injerencia militar continua de Rusia en Afganistán entre 1981 y 1989, nunca la calificó de ocupación¹⁶. Sin embargo, estos autores también aclaran que, después de la invasión de Kuwait por parte de Irak, la Asamblea General ha afirmado, a través de sus resoluciones, la aplicabilidad del derecho de la ocupación e insistido sobre la necesidad de que los órganos de Naciones Unidas, incluido del Secretario General, vigilen que los ocupantes cumplan con sus responsabilidades¹⁷.

En este punto conviene destacar que, aunque ese reconocimiento imprima mayor certeza a la situación, no es necesario que el inicio o la finalización de una ocupación sean establecidas en un documento oficial.

En cuanto a los derechos y obligaciones de los ocupantes, cabe mencionar que, para la Reunión de Expertos convocada por la Cruz Roja antes mencionada:

“It is widely recognized that Article 43 of The Hague Regulations and Article 64 of the Fourth Geneva Convention constitute the most essential rules defining and delimiting an occupying power’s authority in occupied territory. These provisions address the obligation of an occupier to restore and ensure public order and safety in occupied territory and the

¹⁵ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op.cit., p. 86.

¹⁶ DAILLIER, Patrick y PELLET, Alain, *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1999, p. 934.

¹⁷ DAILLIER, Patrick y PELLET, Alain op. cit., p. 482.

extent to which the occupier may change laws and initiate new legislation”¹⁸.

A pesar de estar establecidos los derechos y deberes de los ocupantes, los expertos destacaron la existencia de varios conflictos de interpretación, lo que evidencia que su dimensión aún carece de total claridad. Con fundamento en esas mismas disposiciones, muchas veces los ocupantes han ampliado su autoridad sobre los territorios ocupados y en otras ocasiones han invocado la obligación de respetar las leyes locales en orden de minimizar su autoridad y evadir sus responsabilidades emergentes del derecho de la ocupación. Por tal motivo, los expertos han considerado que se debía imprimir mayor precisión a la redacción de las normas implicadas.

Otro tema importante a tener en cuenta es el de los conflictos armados en que intervienen organizaciones internacionales o regionales, las que pueden desplegar fuerzas en un país. En tal sentido me referiré específicamente a las Naciones Unidas, ya que cubre toda la gama de situaciones que pueden presentarse. Al respecto Kolb y Vité se preguntan, al igual que los autores que se ocupan del tema y en virtud de la participación creciente de las organizaciones internacionales en la gestión de las crisis internacionales, cuál es el derecho aplicable cuando estas recurren al uso de la fuerza armada y a la administración directa de territorios ocupados. “Plus, particulièrement, il s’agit de déterminer si le droit international humanitaire, y compris le droit de l’occupation, élaboré en vue de régler des comportements étatiques, peut s’imposer aux activités des organisations internationales”¹⁹.

Si bien la mayoría de la doctrina responde afirmativamente a la aplicación del derecho de la ocupación en dichos casos, este no deja de ser un tema controvertido. En el Informe de la Reunión de Expertos convocada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en relación con las Operaciones Multinacionales de Paz, los asesores legales y relatores del documento, Alexander Faite y Jérémy Labbé Grenier, manifestaron que estas fuerzas, en la mayoría de los casos, cuentan con el consentimiento

¹⁸ ICRC. Expert Meeting Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory. Report prepared and edited by Tristan Ferraro, Legal Adviser, 2012, p. 54.

¹⁹ KOLB, Robert-VITE, Sylvain, op. cit., p. 99.

del Estado en cuyo territorio se despliegan, por lo que no sería de aplicación el derecho de la ocupación, ya que los derechos y obligaciones estarían desarrollados en los acuerdos respectivos. En cambio, en el caso de acciones basadas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, las fuerzas multilaterales se desplazan por un territorio sin consentimiento del gobierno de ese país, ya sea porque las autoridades fueron desplazadas por esas fuerzas o porque se trata de un estado fallido, motivo por el cual allí sí sería de aplicación el derecho de la ocupación²⁰.

Los citados relatores agregaron sobre el particular:

“The sole criterion for deciding on the applicability of the law of belligerent occupation is drawn from facts: *de facto* control for foreign armed forces coupled with the possibility to enforce their decisions, and *de facto* absence of the legitimate government or other (e.g., provincial) authorities. If those conditions are met for a given area, the law of belligerent occupation applies...”²¹.

No obstante ello, reitero, en muchos casos en que se cumplían dichas condiciones, Naciones Unidas se resistió a aplicar las reglas de la ocupación. Sin embargo, la posición de las Naciones Unidas ha evolucionado hacia un reconocimiento pleno del derecho de los conflictos armados a ese tipo de intervención²². Benvenisti expresa su opinión sobre el particular y considera que “...the law of occupation should also apply to the UN-led occupations, [...] at least unless the UN Security Council expressly derogates from it”²³. Para este autor, el rol del derecho de la ocupación no solo consiste en proteger los derechos de los habitantes, sino también el respeto de la soberanía del Estado y el derecho a la libre determinación, por lo que es evidente que deban existir límites jurídicos también para el accionar de las Naciones Unidas²⁴.

Así como el inicio de la ocupación es una cuestión de hecho y el acento está en el ejercicio efectivo de la autoridad del ocupante sobre un

²⁰ ICRC, Expert meeting on multinational peace operations, Report, Alexander FAITE and Jérémy LABBÉ GRENIER, Legal Division, in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 2003, p. 71.

²¹ Ídem, p. 72.

²² KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op. cit., p. 104.

²³ BENVENISTI, Eyal, op. cit. p., 62.

²⁴ BENVENISTI, Eyal, op. cit. p., 63.

territorio extranjero y su población, lo mismo ocurre con la terminación. El artículo 6 del IV Convenio de Ginebra, en su parte pertinente, expresa:

“En el territorio de las Partes en conflicto, la aplicación del Convenio terminará con el cese de las operaciones militares.

En territorio ocupado, la aplicación del Convenio terminará un año después del cese general de las operaciones militares; no obstante, la Potencia ocupante estará obligada mientras dure la ocupación -si ésta ejerce las funciones de gobierno en el territorio de que se trata-, por las disposiciones de los siguientes artículos del presente Convenio: 1 a 12, 27, 29 a 34, 47, 49, 51,52, 53, 59, 61 a 77 y 143”.

Las disposiciones citadas en el artículo 6 están relacionadas con la administración del Estado ocupado y no con las cuestiones militares.

Sobre el particular, el artículo 3 del Protocolo Adicional 1 de 1977, en la parte que interesa a este trabajo, prevé: “b) la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de los territorios ocupados al término de la ocupación, excepto en ambas circunstancias, para las personas cuya liberación definitiva, repatriación o reasentamiento tenga lugar posteriormente...”. Es decir, en el Protocolo no se determina un plazo de terminación de la ocupación, mientras se den las condiciones de ocupación efectiva, por lo que se diferencia en ese aspecto del IV Convenio de Ginebra.

Un caso paradigmático de ocupación prolongada lo constituye la ocupación por parte de Israel de territorios que habían sido parte de Palestina bajo el sistema de mandatos, incluyendo Jerusalén Oriental después del conflicto armado con Egipto y Jordania en 1967. Ello a pesar de que Israel había firmado en 1949, con los Estados vecinos y como resultado de la mediación de Naciones Unidas, acuerdos de armisticio. Uno de esos acuerdos lo suscribió con Jordania, a fin de fijar la línea de demarcación entre las fuerzas israelíes y árabes, conocida como la “Línea Verde”.

Fue en el territorio ocupado que Israel comenzó en 2002 la construcción de un muro bajo el pretexto de constituir una barrera de seguridad, pero que causó tantos problemas que fue objeto de una Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia que emitió su opinión el 9

de julio de 2004²⁵. Allí la Corte consideró que la construcción del muro en territorio ocupado, incluida Jerusalén Oriental y sus alrededores, era contraria al derecho internacional. Israel debía detener de inmediato su construcción, dismantelar la estructura construida y derogar o dejar sin efecto los actos legislativos y reglamentarios relacionados. Además, tenía la obligación de reparar los daños y perjuicios causados. Se recordó que todos los Estados Parte en el IV Convenio de Ginebra de 1949 tienen, además, la obligación dentro de las prescripciones de la Carta de Naciones Unidas de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado a dicho Convenio²⁶.

El gobierno israelí, por su parte, rehusó reconocer la aplicabilidad formal del IV Convenio de Ginebra a la Cisjordania y a la Franja de Gaza arguyendo que ninguna de las regiones ocupadas podría ser considerada como territorio de una Alta Parte Contratante en el sentido del artículo 2, párrafo 2 de dicha Convención cuando las tropas israelíes en 1967 tomaron el control. Por tal motivo, Israel no reconoce la soberanía de Jordania sobre Cisjordania ni la de Egipto sobre la Franja de Gaza. La Corte, por el contrario, consideró que debía aplicarse el IV Convenio de 1949, aun cuando no tomó en cuenta el Protocolo de 1977²⁷.

A título de ejemplo, en relación con la ocupación prolongada de Israel citaré la Resolución sobre la soberanía permanente del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluido Jerusalén Oriental, y de la población árabe en el Golán ocupado, sobre sus recursos naturales, que en las partes pertinentes de sus considerandos dice:

“Destacando la urgencia de que se logre sin demora poner fin a la ocupación israelí que comenzó en 1967 y se llegue a un arreglo de paz justo, duradero y general en todos los ámbitos...

Destacando también a este respecto la necesidad de que se respete la obligación impuesta en la hoja de ruta a Israel de paralizar las actividades de asentamientos, incluido el denominado ‘crecimiento

²⁵ C.I.J. *Affaire des Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *Recueil 2004*, p. 136.

²⁶ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 163.

²⁷ Sobre la posible motivación de la C.I.J. para considerar aplicable el IV Convenio de Ginebra de 1949 en cuanto a la duración de la ocupación, ver BUIS, Emiliano Jerónimo, *op. cit.* pp. 63-68.

natural' y de dismantelar todos los asentamientos de avanzada erigidos desde marzo de 2001...

Destacando además la necesidad de que se respeten y preserven la unidad, la contigüidad y la integridad territoriales de todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental²⁸.

Esta Resolución, como otras adoptadas por la Asamblea General, demuestran no solo la preocupación del órgano de las Naciones Unidas por los Territorios Palestinos Ocupados, sino también lo difícil que resulta salir de esa situación de ocupación prolongada.

El 30 de diciembre de 2022, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 77/249, por la que decidió pedir una nueva Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia, en razón de la ocupación que viene prolongándose desde el año 1967 por parte de Israel; en dicha resolución se expresa en el párrafo 18:

“a) Quelles sont les conséquences juridiques de la violation persistante par Israël du droit du peuple palestinien à l'autodétermination, de son occupation, de sa colonisation et de son annexion prolongées du territoire palestinien occupé depuis 1967, notamment des mesures visant à modifier la composition démographique, le caractère et le statut de la ville sainte de Jérusalem, et de l'adoption par Israël des lois et mesures discriminatoires connexes ?

b) quelle incidence les politiques et pratiques d'Israël visées au paragraphe 18 a) ci-dessus ont-elles sur le statut juridique de l'occupation et quelles sont les conséquences juridiques qui en découlent pour tous les États et l'Organisation des Nations Unies²⁹.”

II.2) Relaciones entre derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

En el Informe preparado por el Consejero Legal de la Cruz Roja, Tristán Ferraro, sobre la Reunión de Expertos a la que hicimos mención más arriba, se lee lo siguiente:

“Almost without exception, the experts asserted that the applicability of human rights to situations covered by IHL, in particular military occupation, should be widely recognized. They said that this

²⁸ Resolución A/RES/76/225 del 17 de diciembre de 2021.

²⁹ Resolución A/RES/77/247, del 9 de enero de 2023.

position had been confirmed by a considerable amount of international practice and jurisprudence, particularly that of the ICJ advisory opinion on the Wall in the Occupied Palestinian Territory and in its 2005 decision in the case of Democratic Republic of Congo v. Uganda”³⁰.

Para Kolb, no se trata de decretar *a priori* que uno u otro de esos regímenes, –el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos– constituye en bloque una *lex specialis* desde una óptica de exclusión mutua, sino de determinar, caso por caso, cuál de los dos ofrece la regla más específica, detallada y protectora y que mejor se adapta a las circunstancias a reglamentar³¹. Sin embargo, este autor considera que, como rasgo general, el derecho internacional humanitario responde a las necesidades inmediatas de la población civil que atraviesa un período de crisis armada y, en cambio, el régimen de los derechos humanos tiende a organizar un sistema de derechos individuales con una óptica a largo término³².

En el mismo sentido, Buis también destaca:

“Lo interesante del caso de la ocupación es, precisamente, la naturaleza intersticial de las normas aplicables: mientras que, en cuanto al tratamiento de los civiles, los derechos humanos deben sin duda ser respetados, también se requiere que el Estado ocupante se conduzca de acuerdo con las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario...”³³.

Sobre este tema, es dable citar nuevamente la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la edificación por parte de Israel de un muro en territorio palestino ocupado, solicitada por la Asamblea General para que el tribunal se expidiera teniendo en cuenta las normas y principios del derecho internacional, incluido el IV Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones pertinentes del Consejo de la Seguridad³⁴. La Corte consideró, en el caso, que debía analizar esa pregunta teniendo en

³⁰ ICRC, Expert Meeting Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory. Report prepared and edited by Tristan Ferraro, Legal Adviser, 2012, p.61.

³¹ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op. cit., p. 1.

³² KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op. cit. p. 408.

³³ BUIS, Emiliano Jerónimo, op. cit., p. 55.

³⁴ C.I.J., *Affaire des Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *Recueil 2004*, párr. 136.

cuenta que Israel planteaba dudas en relación con la aplicabilidad en territorio palestino ocupado de ciertas reglas del derecho internacional humanitario y de convenios relativos a los derechos humanos³⁵.

Luego de un análisis exhaustivo, la Corte estimó que el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos es aplicable a los actos de un Estado que actúa en ejercicio de su competencia fuera de su propio territorio y, por ende, sobre territorios ocupados. Además, la Corte:

“observe aussi que les territoires occupés par Israël sont soumis, depuis plus de trente-sept ans, à la juridiction territoriale d’Israël en tant que puissance occupante. Dans l’exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est tenu par les dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels...”³⁶.

En cuanto a las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el régimen de derechos humanos, la Corte manifiesta:

“Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l’homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d’autres peuvent relever exclusivement des droits de l’homme; d’autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l’espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l’homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire”³⁷.

Sin embargo, Kolb y Vité consideran que es poco probable que la Corte haya hecho referencia a ese principio de *lex specialis* en un sentido habitual, ya que, si hubiese considerado que los campos de aplicación de los dos regímenes fueran distintos, no se trataría de subórdenes superpuestos y, por lo tanto, la Corte no habría planteado la cuestión de las relaciones entre ambos regímenes³⁸.

En el caso de RDC contra Uganda, al cual me he referido más arriba, también la Corte aplicó el régimen del derecho internacional

³⁵ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 86.

³⁶ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem* párr. 112.

³⁷ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 106.

³⁸ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, *op. cit.*, p. 333.

humanitario y el de los derechos humanos. En esa oportunidad, la Corte se refirió a la cuestión del muro y transcribió el párrafo 106 *in fine*, pero omitió referirse al derecho internacional humanitario como la *lex specialis*. En efecto, lo transcribiré para una mejor comprensión:

“la protection offerte par les conventions régissant les droits de l’homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n’est pas par l’effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l’article 4 du pacte international relative aux droit civils et politiques. Dans les rapports entre le droit international humanitaire et droits de l’homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d’autres peuvent relever exclusivement des droits de l’homme; d’autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international”³⁹.

La Corte en este caso concluyó que Uganda era internacionalmente responsable de violaciones a obligaciones emergentes de ambos regímenes que fueron cometidos por sus fuerzas armadas sobre el territorio congolés.

De la lectura de los casos de la Corte Internacional de Justicia expuestos se desprende que existen solapamientos en la aplicación de ambos regímenes y que puede afirmarse la existencia de una complementariedad entre ellos.

II.3) Relaciones entre el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional ambiental

Se plantean varios interrogantes sobre el rol de los ocupantes respecto de la gestión de los recursos naturales existentes en los territorios ocupados y los principios que deben regir su aprovechamiento a fin de que este se desarrolle en una forma equilibrada y no llegue a constituirse en una actividad depredatoria. Como principio general, dichos recursos deben ser utilizados en beneficio del territorio ocupado y de su población, con algunas excepciones.

³⁹ C.I.J., *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo/Ouganda), arrêt, *Recueil* 2005, parr. 216.

El artículo 43 de la Sección 3 Anexo a la IV Convención de La Haya de 1907, transcripto más arriba, manifiesta que el ocupante debe “restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo imposibilidad absoluta, a las leyes vigentes en el país”. Surge de este artículo el principio del *status quo ante*, que constituye un freno a cualquier intento del ocupante de socavar la estructura institucional, jurídica y económica de un país. Las excepciones a este principio suelen fundamentarse, de modo estricto, en la “necesidad militar”.

En el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1899, y con similar lenguaje en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1907, se proclama que las previsiones de la Convención han sido inspiradas por el deseo de disminuir los males de la guerra, en cuanto las necesidades militares lo consientan.

Para Dinstein:

“Each one of the laws of war discloses a balance between military necessity and humanitarian sentiments, as produced by the framers of international conventions or as crystallized in the practice of States. The equilibrium may be imperfect, but it is legally binding in the very form that it is constructed”⁴⁰.

Este autor destaca que el ocupante puede tomar todas las medidas necesarias para el éxito de sus operaciones militares, pero dentro de los límites de lo que es permisible por las leyes de la guerra y agrega: “Military necessity cannot set aside the laws of war”⁴¹. Si bien, como dijera, existe en principio el *status quo ante*, el ocupante puede dictar reglas referentes al orden público y a la seguridad; incluso normas de derecho penal pueden ser derogadas o suspendidas por la Potencia ocupante en caso de que constituyan una amenaza a su seguridad o un obstáculo para la aplicación del instrumento convencional (artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949), pero las normas relativas al derecho privado de la población deberían quedar intactas.

⁴⁰ DINSTEIN, Yoram “Military Necessity”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, published under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Law, under direction of Rudolf Bernhardt, Nord-Holland, Elsevier Science, 1997, p. 395.

⁴¹ DINSTEIN, Yoram, op. cit., p. 396.

En este punto me referiré a las disposiciones existentes en relación con los recursos naturales. En primer lugar, entiendo que hay que tener en cuenta aquellos recursos que sirven para la alimentación de la población, indispensable para su bienestar. Sobre el particular, el artículo 55 del Reglamento Anexo a la Convención de 1907, que sigue los lineamientos del Reglamento de 1899, prescribe: “El Estado ocupante no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques, explotaciones agrícolas que pertenezcan al Estado enemigo y se encuentren en el país ocupado. Deberá defender el capital de esas empresas y administrar conforme a las reglas del usufructo”.

Uno de los temas principales es que el ocupante asegure la alimentación de la población de los territorios ocupados. De acuerdo con este artículo, el ocupante podrá aprovechar el producido de las tierras pertenecientes al Estado a través del consumo o de su venta, pero no puede enajenar esas propiedades públicas. El uso debe ser normal y corresponder a la práctica que existía con anterioridad a la ocupación. Asimismo, el uso de los bienes inmuebles también debe ser normal y estos no deben ser objeto de sobreexplotación⁴².

Respecto de los límites y los beneficiarios de esta explotación, es conducente revisar la práctica internacional, ya que estos no surgen indubitablemente del ámbito convencional; cabe indicar que el principio general es que los ingresos provenientes de esa actividad deben ser utilizados exclusivamente para financiar los gastos provenientes de la ocupación⁴³.

En este tema se patentiza la convergencia del régimen de los derechos humanos con el derecho internacional humanitario. En tal sentido, es de aplicación el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en vigencia desde el 3 de enero de 1976, que establece en la parte pertinente del artículo 11, párrafo 2:

⁴² KOLB, Robert-VITE, Sylvain, op. cit., p. 429.

⁴³ KOLB, Robert-VITE, Sylvain, op. cit., p. 430.

“Los Estados Parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos para:

- a. mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales...”.

A su vez, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, prescribe en su artículo 1, parágrafo 2 *in fine*: “(...) En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

En virtud de esas disposiciones, Kolb y Vité consideran que el ocupante debe garantizar que “les ressources naturelles servant à la production alimentaires soient gérées de manière durable”⁴⁴. No obstante ello, opinan que en la parte del referido artículo 11 relacionada con el desarrollo o la reforma de los regímenes agrarios, si estos produjeran cambios muy profundos solo deberían ser conducidos por un poder soberano⁴⁵.

Si bien he citado el artículo 55 del Reglamento de La Haya de 1907 en relación con las explotaciones agrícolas, entiendo que esa disposición, al referirse a bienes muebles e inmuebles, engloba otros recursos naturales. Sin embargo, no se despejan con ello todas las dudas. Los autores que vengo citando consideran que especialmente las dudas se plantean en relación con bienes tales como las reservas de gas y petróleo, cuyos productos son no renovables. ¿Puede aplicarse la regla del usufructo, teniendo en cuenta que toda forma de explotación atenta contra el capital de producción y amenaza la capacidad misma de generar ingresos?

“Si l’on répond positivement à cette question, quelle est la limite de ‘normalité’ au-delà de laquelle l’exploitation doit être considérée comme excessive et donc contraire à l’article 55 du Règlement de La Haye ?

⁴⁴ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op.cit., p. 415.

⁴⁵ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op. cit., p. 416.

L'occupant a-t-il le droit d'améliorer les moyens et les techniques de production en vue d'augmenter la qualité/ou la quantité des ressources récoltées ? Peut-il créer de nouvelles unités de prélèvement sur des gisements jugés insuffisamment performants ?”⁴⁶.

A su vez, el artículo 53 de la IV Convención de Ginebra de 1949 expresa: “Está prohibido que la potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado, o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas”.

Está también prohibido el pillaje de los bienes enemigos de un cierto valor. Sobre el particular, el artículo 47 del Reglamento de La Haya de 1907 establece con toda claridad: “El pillaje es formalmente prohibido” y también lo prohíbe el IV Convenio de Ginebra de 1949 en su artículo 33. La cobertura de esta protección es muy amplia, ya que se extiende a los actos generalizados y sistemáticos de confiscación y de adquisición de bienes en violación de los derechos de los propietarios y a los actos aislados de robo o pillaje cometidos por individuos obrando en su propio interés⁴⁷.

Por su lado, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales marca los derechos que deben ser respetados; el artículo 25 dice: “Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales”, principio que también puede leerse en el artículo 47 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, este último tratado prescribe en su artículo 1, párrafo 2:

“Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho

⁴⁶ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op. cit., p. 432.

⁴⁷ KOLB, Robert y VITE, Sylvain, op. cit., p. 427.

internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

Si bien estos textos sientan el principio de que los Estados son los propietarios de sus recursos naturales, y de ello se desprende que los ocupantes en su carácter de administradores transitorios no lo son, no especifican claramente los límites que se imponen a la explotación por parte de las potencias ocupantes. En tal sentido es más explícito el derecho internacional humanitario, aunque como ya manifesté no es lo suficientemente claro como para pensar que no se debería propender a una reglamentación más detallada. Esa falta de claridad puede constatarse a través de la conducta de los ocupantes en distintas situaciones de ocupación, generalmente porque los sistemas de vigilancia no han resultado efectivos. En apoyo de estos dichos, repasaremos algunos casos paradigmáticos.

En tal sentido, me referiré a Irak, que fue invadido por una coalición conformada por Gran Bretaña y Estados Unidos de América el 20 de marzo de 2003, la que consideró más apropiado calificar la operación como destinada a la liberación de Irak y no a establecer una ocupación, proponiendo para su administración una Autoridad Interina Iraquí, que sería transicional⁴⁸.

No obstante, la Resolución del Consejo de Seguridad 1472, aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión celebrada el 28 de marzo de 2003, si bien no se refirió expresamente al comienzo de la ocupación por parte de la Coalición, decía en uno de sus considerandos:

“Observando que en el artículo 55 del Cuarto Convenio (Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949), se dispone que, en toda la medida de sus recursos, la potencia ocupante tiene el deber de abastecer a la población en víveres y productos médicos...”.

Es decir, el Consejo de Seguridad consideró a la Coalición como la “Potencia ocupante”. Esta posición de la Coalición fue variando y el 16 de abril de 2003, fecha en que oficialmente comenzó la ocupación, se anunció el establecimiento de la “*Coalition Provisional Authority*”.

⁴⁸ BENVENISTI, Eyal, op. cit., p. 251.

Con respecto al tema que nos interesa, es importante destacar la Resolución 1483 aprobada por el Consejo de Seguridad en la sesión celebrada el 22 de mayo de 2003 en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, porque estableció un marco general para la actuación de la coalición y la calificó de “ocupante”, sin lugar a duda.

Asimismo, en los primeros considerandos, el Consejo de Seguridad destacó el derecho del pueblo iraquí a determinar libremente su propio futuro político y a controlar sus propios recursos naturales y reconoció, a su vez, la autoridad, la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, correspondían a las potencias ocupantes bajo un mando unificado constituido por la Autoridad en el Irak ocupado. Dichas potencias, según lo reconoce la misma Resolución, son Estados Unidos de América y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aunque también estuvieron involucrados otros Estados como los Países Bajos y España.

El Consejo de Seguridad apoyó la formación, por parte del pueblo de Irak con la ayuda de la Autoridad y en colaboración con el Representante Especial designado por el Secretario General de las Naciones Unidas, de una administración provisional dirigida por iraquíes, para que actuase como autoridad de transición hasta que el pueblo de Irak estableciese un gobierno reconocido internacionalmente y representativo, que asumiera las funciones de la Autoridad.

Dicho órgano observó que se había establecido un Fondo de Desarrollo para Irak a cargo del Banco Central de ese país y estableció un mecanismo para su desembolso, según el cual los libramientos deberían ser dispuestos por la Autoridad, pero en consulta con la Autoridad Provisional Iraquí.

Es importante destacar el considerando 14, que regulaba el destino de los fondos:

“*Subraya* que el Fondo de Desarrollo deberá utilizar de manera transparente para satisfacer las necesidades humanitarias del pueblo iraquí, llevar a cabo las tareas de reconstrucción económica y reparación de la infraestructura del Irak [...] y hacer frente a los gastos de la administración

civil, así como para otros fines que vayan en beneficio de la población de Irak”.

El considerando 20 también es muy importante para este trabajo:

“*Decide* que todas las ventas de exportación de petróleo, productos derivados del petróleo y gas natural del Irak que se lleven a cabo a partir de la fecha de aprobación de la presente resolución se hagan de acuerdo con las mejores prácticas del mercado internacional y, a efectos de transparencia, sus cuentas sean verificadas por contadores públicos independientes [...] y, *decide además* que, con la excepción de lo dispuesto en el párrafo 21 infra, la totalidad del producto de dichas ventas se deposite en el Fondo de Desarrollo para el Irak hasta que se haya constituido debidamente un gobierno de Irak reconocido internacionalmente y representativo”.

El párrafo 21 mencionado impone que el 5% del producto de las ventas se deposite en el Fondo de Indemnizaciones establecido de conformidad con la Resolución 687 (1991) y posteriores, y ese requisito seguiría siendo obligatorio para el siguiente gobierno de Irak que se constituyera. Con ello, la Resolución parecía garantizar la explotación acotada de los recursos naturales en el territorio ocupado de Irak; sin embargo, en la práctica fueron muchas veces obviadas:

“Ces déviances sont dues pour l’essentiel à l’absence de contreponds au pouvoir exercé par les forces d’occupation. La gestion de ces ressources et des revenus qui en ont été tirés sont restés sous le contrôle quasiment exclusif de l’administration de la coalition”⁴⁹.

Benvenisti, haciéndose eco de parte de la doctrina, parece encontrar algo esquizofrénico en la resolución porque ella, por un lado, reconoce la autoridad, la responsabilidad y las obligaciones específicas de la coalición en su calidad de potencias ocupantes bajo un comando unificado, en el marco del derecho internacional, incluyendo el IV Convenio de Ginebra de 1949 y las reglas de La Haya de 1907, pero, por el otro lado, indica que “...the Resolution gave the occupants what they deemed to be sufficient authorization to transform Irak, with little oversight on the actual implementation of the administration’s plans”⁵⁰. Esto permitió a los ocupantes realizar grandes reformas como, por ejemplo,

⁴⁹ KOLB, Robert-VITE, Sylvain, op. cit., p. 435.

⁵⁰ BENVENISTI, Eyal, op. cit., p. 258.

la transformación de la economía de ese país en un sistema de libre mercado.

Asimismo, estimo importante mencionar nuevamente el caso que tramitó ante la Corte Internacional de Justicia entre la RDC y la República de Uganda. Justamente, una de las imputaciones del Congo se refería a la explotación ilícita de recursos naturales, al pillaje y al tráfico ilegal de tales recursos, entre ellos de diamantes, por parte de las fuerzas de Uganda, con la complacencia de los altos mandos, en distintas zonas del territorio congolés que la RDC calificaba de “ocupadas”; también mencionaba la falta de vigilancia por parte de Uganda para que sus fuerzas armadas, así como las del Movimiento Rebelde Congolés, no cometieran tales ilícitos.

Sobre el particular, se ha visto que la Corte marcó una diferencia en cuanto a las zonas en las que se hallaban desplegadas las tropas ugandesas, pues, según su criterio, el concepto de ocupación no se configuraba por el simple estacionamiento de tropas sino por un efectivo gobierno que suplantara transitoriamente al gobierno soberano desplazado. La RDC, por el contrario, afirmaba que Uganda debía ejercer el deber de vigilancia y prevención en todo el territorio que, de acuerdo con su posición, consideraba ocupado. Sin embargo, para la Corte, si bien Uganda era responsable por los ilícitos cometidos por sus propias tropas en el territorio del Congo —ya que sobre ellas tenía el deber de vigilancia y prevención— en cambio debía ejercer vigilancia para prevenir los ilícitos del movimiento rebelde congolés solo dentro de Iturí, donde ejercía efectivamente su control.

Entre las conclusiones presentadas por la RDC ante la Corte, este Estado afirmaba que la explotación ilegal y el pillaje sobre sus recursos naturales constituían violaciones por parte de Uganda a la soberanía y la integridad territorial de su país y, particularmente, a la soberanía sobre sus recursos naturales. Citaba a ese respecto las siguientes actuaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la Resolución 1803 (XVII) relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, adoptada el 14 de diciembre de 1962; la Declaración relativa al establecimiento de un nuevo orden económico internacional, inserta en la Resolución 3201 (VI) adoptada el 1° de mayo de 1974 y la Resolución 3281(XXIX) del 12

de diciembre de 1974 que adoptó la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados⁵¹.

Como se ha dicho, la RDC afirmó que todas las actividades de explotación de los recursos naturales por empresas o ciudadanos ugandeses o por movimientos rebeldes sostenidos por Uganda, en territorios bajo su control, eran ilícitas y aseguró que los miembros de las fuerzas armadas ugandesas no habían tomado medidas para poner fin a esa explotación ilegal⁵². Además, también para ese país, esas actividades ilícitas y el pillaje violaban las obligaciones de Uganda, en cuanto potencia ocupante, provenientes del *jus in bello*. Según los argumentos de la RDC:

“Le détail des règles du droit des conflits armés relatives à l’exploitation des ressources naturelles doit être examiné au regard du principe fondamental de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, lequel de l’avis de la RCD, reste d’application en toutes circonstances notamment en temps de conflit armé et d’occupation”⁵³.

La Corte consideró que no podía mantener la afirmación del demandante según la cual Uganda había violado el principio de la soberanía permanente de los recursos naturales, enunciado en las Resoluciones de la Asamblea General antes mencionadas:

“Tout en reconnaissant l’importance de ce principe, qui revêt le caractère d’un principe de droit international coutumier, la Cour relève que rien dans ces Résolutions de l’Assemblée générale ne laisse entendre qu’elles soient applicables au cas particulier du pillage et d’exploitation de certaines ressources naturelles par des membres de l’armée d’un État intervenant militairement sur le territoire d’un autre État, ce qui est l’objet du troisième chef de conclusions de la RDC. La Cour n’estime pas que ce principe s’applique à ce type de situation”⁵⁴.

La Corte manifestó que los actos y omisiones de las fuerzas ugandesas en el Congo comprometían la responsabilidad de Uganda, fuera o no una potencia ocupante de ciertas regiones, motivo por el cual los miembros de las fuerzas involucrados en el pillaje y explotación actuaron

⁵¹ C.I.J., *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo/Ouganda), arrêt, *Recueil 2005*, párr. 227.

⁵² C.I.J., *Ibidem*, párr. 228.

⁵³ C.I.J., *Ibidem*, párr. 229.

⁵⁴ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 244.

en violación del *jus in bello* que prohíbe a las fuerzas armadas extranjeras realizar tales actos sobre el territorio donde estén presentes. Sin embargo, para la Corte, Uganda no tenía la obligación de vigilar las actividades del movimiento rebelde congolés, salvo en el distrito de Ituri, puesto que éste era el único territorio que efectivamente había ocupado⁵⁵.

La Corte consideró aplicable también la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, de la que ambos países eran parte, cuyo artículo 21, inciso 2 expresa: “En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu’à une indemnisation adéquate”⁵⁶.

La Corte concluyó:

“...qu’elle dispose de suffisamment d’éléments de preuve crédibles pour considérer que l’Ouganda a engagé sa responsabilité internationale à raison des actes de pillage et d’exploitation de ressources naturelles de la RCD commis par des membres des UPDF sur le territoire de la RDC de la violation de son devoir de vigilance s’agissant de ces actes et du manquement aux obligations lui incombant en tant que puissance occupante en Ituri en vertu de l’article 43 du règlement de la Haye de 1907 quant à l’ensemble des actes de pillage et d’exploitation des ressources naturelles commis dans le territoire occupé”⁵⁷.

En este caso recayó una nueva sentencia, el 9 de febrero de 2022, en la que se determinaron los montos de las indemnizaciones a cargo de Uganda por el tráfico y la explotación de recursos naturales tales como diamantes, oro y coltán⁵⁸.

III. Conflictos armados, la protección del ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales en la Comisión de Derecho Internacional

III.1) Derecho vigente

⁵⁵ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 247.

⁵⁶ C.I.J., *Recueil*, *Ídem*.

⁵⁷ C.I.J., *Recueil*, *Ibidem*, párr. 250.

⁵⁸ C.I.J., *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo* (République Démocratique du Congo/Ouganda), arrêt, 9 febrero de 2022.

En la primera parte de este trabajo me referí a las normas y principios de derecho internacional ambiental introducidas en las convenciones de derecho internacional humanitario y de derecho internacional de los derechos humanos, así como la complementariedad entre estos últimos dos regímenes, de acuerdo con la doctrina y la interpretación de la Corte Internacional de Justicia en los casos en que ha intervenido. También me enfoqué en el concepto de territorio ocupado, noción que no deja de resultar controvertida en la doctrina. Ahora es necesario, para continuar, analizar las normas convencionales, consuetudinarias e incluso aquellas de *soft law* referidas a la protección del ambiente en tiempos de conflictos armados. Todo ello a fin de analizar el proyecto de artículos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y constatar si se trata de una innovación en la temática o si, más bien, resulta conservador y permanece apegado a las reglas e interpretaciones existentes. A tales efectos trataré de poner el foco, en primer lugar, en el derecho ambiental en sí mismo.

La consideración de la problemática del ambiente y de los recursos naturales, si bien comenzó a imponerse lentamente unas décadas antes, hizo eclosión en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y en la Declaración aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972.

Sobre el tema objeto de este trabajo cabe manifestar que, imbuida de los principios ambientales, la Asamblea General adoptó la Resolución 31/72 el 10 de diciembre de 1976, a la que adjuntó, en carácter de Anexo, una Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines hostiles (ENMOD), con el objetivo de eliminar los peligros que para la humanidad entrañaría esa utilización. Le encomendó, asimismo, al Secretario General que, en su calidad de depositario de la Convención, la abriera a la firma y ratificación de los Estados lo más pronto posible. El Secretario General actuó en consecuencia y la Convención entró en vigor el 5 de octubre de 1978.

Es importante destacar algunas disposiciones de la Convención:

“Artículo 1.1. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o

graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte.

Artículo 2. A los efectos del artículo 1, la expresión ‘técnicas de modificación ambiental’ comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales, la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litósfera, su hidrósfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre”.

Otro antecedente lo constituye el Protocolo Adicional 1 del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que establece en las disposiciones pertinentes:

“Artículo 35. 3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

“Artículo 55. 1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias”.

Bothe, Bruch, Diamond y Jensen ponen atención en la diferencia existente entre el umbral de inadmisibilidad de la Convención ENMOD – que se refiere a efectos “vastos, duraderos o graves” como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios– y el Protocolo Adicional I, que en cambio determina que los daños al medio ambiente natural deben ser “extensos, duraderos y graves”. En el primer caso, los requisitos no son acumulativos, ya que utiliza la conjunción disyuntiva “o”; en cambio, sí lo son en el citado Protocolo, que utiliza la conjunción copulativa “y”. Para estos autores, el carácter acumulativo de las condiciones sitúa la inadmisibilidad en un umbral muy alto. En tal sentido, consideran que es casi imposible que se alcance ese umbral en una guerra convencional. Para el caso de una guerra química, los autores ponen como ejemplo el empleo de herbicidas en Vietnam y, con respecto a él, plantean dudas con relación a la aplicabilidad del artículo, ya que, si la vara para “extensos” es un

período de varias décadas, difícilmente se hubiese llegado al umbral porque la naturaleza se ha recuperado en varias zonas de ese país. Sin embargo, el daño a la salud continúa y tal vez se prolongue durante varias generaciones, motivo por el cual afirman que la situación jurídica en cuanto a la tipificación de los daños es altamente insatisfactoria⁵⁹.

Cabe puntualizar, asimismo, que el Principio 19 del proyecto de la CDI relativo a las técnicas de modificación ambiental conserva la conjunción disyuntiva “o”, tal como se estableció en la Convención ENMOD.

Los mismos autores citados encontraron otras debilidades importantes en relación con los daños provenientes de los conflictos armados. Una de ellas se refiere a la proporcionalidad de los daños colaterales producidos al medio ambiente en el que se vean afectados bienes de carácter civil, en razón de ataques a objetivos militares. En principio, serían aceptables solo en la medida en que no resulten excesivos respecto de la ventaja militar. Sin embargo, falta claridad en cuanto a la vara jurídica de la proporcionalidad. A su entender, también es insatisfactorio el tratamiento de los elementos del medio ambiente como objetos civiles debido a la facilidad con la que dichos elementos pueden transformarse en objetivos militares⁶⁰. Resulta importante tener en cuenta estas opiniones al momento de evaluar el Proyecto de Principios de la CDI.

También se han introducido previsiones referentes a los conflictos armados en declaraciones u otros instrumentos surgidos en reuniones y conferencias sobre medio ambiente. En tal sentido, es dable citar el Principio 5 de la Carta Mundial de la Naturaleza, que fue solemnemente adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones mediante Resolución 37/7 del 28 de octubre de 1982 y que determina: “se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidades”.

⁵⁹ BOTHE, Michael; BRUCH, Carl; DIAMOND, Jordan; JENSEN, David, “El Derecho Internacional y la Protección del Medio Ambiente Durante los Conflictos Armados”, *International Review of the Red Cross*, septiembre de 2010, N.º 879, versión original, p. 228.

⁶⁰ BOTHE, Michael; BRUCH, Carl; DIAMOND, Jordan; JENSEN, David, op. cit., p. 345.

Por su parte, el Principio 24 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Río de Janeiro del 5 al 14 de junio de 1992, expresa: “La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen el medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario”.

De ese modo, a través de convenciones, pero también de declaraciones y de principios, que comenzaron tímidamente como *soft law*, se ha ido conformando un derecho consuetudinario bien afianzado y se ha ido gestando una integración del derecho internacional ambiental con el derecho internacional humanitario, que ya estaba, a su vez, muy integrado con el régimen jurídico de los derechos humanos. Por todo lo expuesto, estimo que se dan todas las condiciones para elaborar un texto jurídico también integrador.

III.2) Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional:

La CDI recogió el guante e introdujo, en 2011, el tema “Protección del Medio Ambiente en relación con los Conflictos Armados” en su programa de trabajo a largo plazo. En 2013, lo incorporó al programa de trabajo y designó como Relatora Especial a Marie Jacobsson, quien realizó tres informes que fueron examinados por la citada Comisión. En 2017, la CDI estableció un Grupo de Trabajo encargado de examinar el plan a seguir, atento que la Relatora dejó de ser miembro de la Comisión. Posteriormente, se designó como nueva Relatora Especial a la Sra. Marja Lehto⁶¹.

En la sesión de la CDI celebrada el 8 de julio de 2019, el presidente del Comité de Redacción presentó a la CDI el Proyecto y un Informe sobre la protección del medio ambiente en caso de conflictos armados y, en la misma sesión, la Comisión aprobó en primera lectura los comentarios al Proyecto de Principios, que ya habían sido aprobados provisionalmente en anteriores sesiones. Posteriormente, se remitió el Proyecto, por medio del

⁶¹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Doc. A/74/10, p. 228.

Secretario General, a los gobiernos, a las organizaciones internacionales, al CICR y al Instituto de Derecho Ambiental, a fin de que formularan comentarios y observaciones⁶².

El Proyecto consta de veintiocho principios que, según el comentario de la CDI, fueron redactados en ese carácter y tienen distinto valor, pues algunos reflejan el derecho internacional consuetudinario y otros son solo recomendaciones⁶³. De dichos principios, solo tres se refieren específicamente a territorios ocupados, pero ello no significa que los demás principios no se apliquen a las situaciones de ocupación, en la medida en que la prevención y la protección del medio ambiente y las medidas de reparación pueden alcanzar tanto al soberano como al ocupante que provisoriamente administra un territorio.

La Cuarta Parte del Proyecto se titula: “Principios aplicables en situaciones de ocupación” y consta, como ya manifesté, de tres principios (20, 21 y 22). No se encuentra en ninguno de estos textos una definición sobre el concepto de ocupación. Sin embargo, en el Comentario a la Introducción a la Cuarta Parte, la Comisión interpreta el artículo 42 del Reglamento de La Haya en el mismo sentido que lo hizo el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las actividades armadas en el territorio del Congo, en el sentido que, para considerar ocupante a Uganda, era necesario: “(...) no sólo que las fuerzas armadas ugandesas hubieran estado estacionadas en determinados lugares, sino también que hubieran sustituido a la autoridad del gobierno congoleño, por la suya propia”⁶⁴.

Esta interpretación clarifica que, en opinión de la Comisión, para que exista ocupación es necesario que las fuerzas militares impongan un gobierno provisorio pero efectivo y, por supuesto, exento de soberanía, la que sigue quedando en manos del gobierno desplazado.

A mi entender, sobre este tema, la CDI podría haber considerado la opinión de quienes interpretan que el artículo 42 exige dos condiciones acumulativas, a saber: que las tropas extranjeras estén en el territorio y

⁶² *Ibidem*, p. 229.

⁶³ *Ibidem*, p. 235.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 692.

que tengan la capacidad de ejercer el gobierno sobre ese territorio. Ello podría preverse, incluso, de forma acotada y durante un período. De otra manera, ocurrida una invasión en la que todavía las fuerzas extranjeras no impusieran su gobierno efectivo, pero que el gobierno local está impedido o no quiera ejercerlo, podría producirse una situación de caos y desorden en el territorio invadido con consecuencias funestas para la población y los países vecinos.

La Comisión manifiesta, en esta parte, que existen situaciones en las que la potencia ocupante se apoya en un gobierno local sustituido y de transición o en un grupo rebelde para ejercer el control sobre el territorio ocupado. Se reconoce ampliamente que el derecho relativo a la ocupación es aplicable a esas situaciones siempre que el sustituto local que actúa en nombre de un Estado ejerza un control efectivo sobre el territorio ocupado⁶⁵.

Sobre el particular, hemos visto el caso de Irak, en el que se nombró un gobierno local de transición, y también el caso de la RDC, en el que la Corte no comprobó que Uganda ejerciera un control efectivo en todos los lugares en que existían fuerzas rebeldes congoleñas (lo que significa, *contrario sensu* que, si hubiese existido un control efectivo, se habrían considerado ocupadas por Uganda). En el comentario a los Principios, la Comisión describió el ámbito espacial del ejercicio de la autoridad sobre los territorios ocupados, en relación con el mar y el aire y expresa:

“...una vez establecido en el territorio de un Estado ocupado, al menos cuando todo el territorio está ocupado, la autoridad temporal de la Potencia ocupante se extiende a las zonas marinas adyacentes sobre las que el Estado territorial esté facultado para ejercer derechos soberanos. Del mismo modo, la autoridad de la Potencia ocupante puede extenderse al espacio aéreo sobre el territorio ocupado y el mar territorial. Esa autoridad pone de relieve la obligación de la Potencia ocupante de adoptar medidas apropiadas para prevenir los daños ambientales transfronterizos”⁶⁶.

En cuanto a la metodología que se utiliza en el Proyecto, el Principio 1 de la Primera parte, que se refiere en general a los conflictos

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 292.

armados, establece tres fases temporales para encararlos: el antes, el durante y el después. Atento que el tema de la ocupación se desarrolla separadamente en la Cuarta Parte, la CDI se vio obligada a señalar que el Principio 1 se aplica también a esa situación. Respecto de la separación metodológica del tratamiento del conflicto armado y la ocupación, en la Introducción, la CDI manifestó que no tenía por objeto apartarse del enfoque temporal escogido en el Principio 1 y arguyó lo siguiente:

“Si bien, en el derecho de los conflictos armados, la ocupación militar es una forma específica de conflicto armado internacional, las situaciones de ocupación difieren de los conflictos armados en muchos aspectos. En particular, las ocupaciones no suelen caracterizarse por la existencia de hostilidades activas y pueden producirse incluso en situaciones en que las fuerzas armadas invasoras no encuentren resistencia armada. Una ocupación estable tiene muchas características similares a las de una situación posterior a un conflicto, y, con el tiempo, sus circunstancias pueden aproximarse a las propias de tiempo de paz. No obstante, las ocupaciones también pueden ser inestables y proclives a conflictos. La Potencia ocupante puede encontrar resistencia armada durante la ocupación, e incluso perder temporalmente el control de parte del territorio ocupado, sin que ello afecte a la calificación de la situación como de ocupación. Además, el inicio de una ocupación no coincide necesariamente con el inicio de un conflicto armado, ni tampoco coincide necesariamente el cese de las hostilidades activas con fin de la ocupación”⁶⁷.

En los comentarios al Informe, también se determina cuáles son las partes del proyecto –diferentes de la Parte Cuarta– que se aplican a las situaciones de ocupación, según el tipo de ocupación de que se trate, y expresa:

“Habida cuenta de la variedad de situaciones de ocupación, los proyectos de principios de las partes segunda, tercera y quinta son de aplicación *mutatis mutandis*, a las situaciones de ocupación. Por ejemplo, los proyectos de principio de la segunda parte, relativos a las medidas que deben adoptarse con miras a mejorar la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado, siguen siendo pertinentes con independencia de que haya o no un conflicto armado y de que este incluya o no una ocupación. En la medida en que los períodos de hostilidades intensas durante una ocupación se rigen por las normas relativas al desarrollo de la

⁶⁷ Ídem, p. 291.

hostilidades, los proyectos de principio que figuran en la tercera parte, relativos a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, son directamente pertinentes, además, el medio ambiente de un territorio ocupado sigue gozando de la protección otorgada al medio ambiente durante un conflicto armado de conformidad con el derecho internacional aplicable, reflejada en el proyecto de principio 13. Los proyectos de principio de la quinta parte, que tratan de las situaciones posteriores a un conflicto armado, serán pertinentes sobre todo para las situaciones de ocupación prolongada. En cada una de las partes, los proyectos de principio pueden necesitar algunos ajustes, y de ahí la expresión *mutatis mutandis*⁶⁸.

El Principio 13 citado en el comentario anterior determina:

“1. El medio natural se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos.

2. Se velará por la protección del medio ambiente natural contra los daños vastos, duraderos y graves.

3. Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar”.

En el comentario al Principio 13, se afirma que se inspira en el segundo párrafo del artículo 55 del Protocolo Adicional I y se manifiesta expresamente que se utilizó la conjunción copulativa “y”, lo que indica un triple criterio acumulativo⁶⁹. Todo este Principio, por lo tanto, entra en la crítica arriba mencionada de los juristas Bothe, Bruch, Diamond y Jensen, que a mi entender es acertada.

Los principios específicos para las situaciones de ocupación son los siguientes:

“Principio 20.

Obligaciones generales de la Potencia ocupante

1. La Potencia ocupante respetará y protegerá el medio ambiente del territorio ocupado de conformidad con el derecho internacional aplicable y tendrá en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio.

2. La Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para prevenir los daños sensibles al medio ambiente del territorio ocupado que

⁶⁸ *Ibidem*, p. 294.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 276.

es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado.

3. La Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y sólo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados.”

El Párrafo 1, como lo reconoce el comentario de la CDI, se vincula con el artículo 43 del Reglamento de La Haya que exige que la Potencia ocupante restablezca y mantenga el orden y la seguridad públicos en el territorio ocupado y afirma: “La obligación de asegurar que la población del territorio ocupado lleve una vida lo más normal posible en esas circunstancias conlleva la protección del medio ambiente en cuanto a función pública ampliamente recocida al Estado moderno”⁷⁰.

Como se ha expresado con anterioridad, el Proyecto del Principio 20 deberá interpretarse en el contexto del proyecto de Principio 13. Ambos proyectos de principios se refieren a la obligación de respetar y proteger el ambiente de conformidad con el derecho internacional aplicable, aunque el Principio 20 lo hace en el contexto de la ocupación⁷¹. En el caso de la ocupación, se establece la forma y los cuidados que deben tenerse en cuenta respecto del ambiente cuando se administra el territorio ocupado y cuando se explotan los recursos naturales, que son distintos de la forma y los cuidados que deben adoptarse cuando se desarrollan las hostilidades. Sin embargo, también se debería aplicar el Principio 13 en el caso de que persistan las hostilidades en el territorio ocupado.

El término “derecho internacional aplicable”, como resalta el comentario de la Comisión, es el plexo normativo integrado por el derecho de los conflictos armados, el derecho de los derechos humanos y el derecho del ambiente⁷².

La Comisión cita, en relación con tal integración del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la

⁷⁰ *Ibidem*, p. 295.

⁷¹ *Ídem*.

⁷² *Ídem*.

construcción de un muro en territorio palestino ocupado y el caso referente a las actividades armadas sobre el territorio del Congo entre ese país y Uganda, a los que también me referí más arriba.

En relación con la aplicabilidad del derecho ambiental, la CDI menciona la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 2006, respecto de la cual mencionaré algunos párrafos que ponen de manifiesto la relevancia de la protección ambiental: “L’obligation générale qu’ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l’environnement dans d’autres États ou dans des zones ne relevant d’aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l’environnement”⁷³.

La Corte además precisa que:

“La Cour constate ainsi que, si le droit international existant relatif à la protection et à la sauvegarde de l’environnement n’interdit pas spécifiquement l’emploi d’armes nucléaires, il met en avant d’importantes considérations d’ordre écologique qui doivent être dûment prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés”⁷⁴.

El párrafo 1 del Principio 20 está también vinculado con el Proyecto de Principio 15 que prescribe: “Las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas de necesidad militar”. Según el comentario de la CDI, la proporcionalidad y la necesidad militar encuentran su fuente de inspiración en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares que acabo de citar. Es muy importante destacar que, de acuerdo con el citado Principio 15, en los ataques armados contra objetivos militares debe tenerse en cuenta la proporcionalidad de los daños colaterales que puedan provocarse⁷⁵. Por su parte, “las condiciones ambientales no pueden permanecer estáticas en el tiempo, sino que deben

⁷³ C.I.J., *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, avis consultatif, *Recueil 1996*, párr. 29 *in fine*.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 33.

⁷⁵ A/CN/74, p. 281.

evolucionar a medida que lo hace la capacidad del ser humano para entender el medio ambiente”⁷⁶.

Prueba de ello es la aplicación del régimen de Naciones Unidas sobre cambio climático a las situaciones de ocupación. En este sentido Pezzot afirma: “...the application of the principle to de UN climate change regimen during belligerent occupation is legally posible due to the connection between this and the international human rights law (IHRL), and the obligation of the Occupying Power to respect and guarantee the recognized human rights on the civilian population under its effective control, in particular those rights affected by the adverse effects of climate change”⁷⁷.

El párrafo 2 del Principio 20 contiene dos puntos importantes. Uno de ellos se refiere a la envergadura de los daños que se produzcan, que deben ser “sensibles”. Este término ha sido incorporado a numerosos documentos y convenciones sobre ambiente y aprovechamiento de recursos naturales transfronterizos. Si bien parece impreciso por ser flexible, no lo es y está bien configurado.

El otro punto importante es el de la adopción de medidas apropiadas para prevenir daños sensibles. Esta es una obligación de comportamiento y está estrechamente vinculada a la debida diligencia del Principio 21. Constituye un *leading case*, en relación con la prohibición de ocasionar daños sensibles, el caso de la Trail Smelter entre Estados Unidos y Canadá. Allí el Tribunal Arbitral que conocía en la causa afirmó que, según los principios de derecho internacional, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños a otro Estado o a la propiedad de las personas que allí se encuentran, siempre que se trate de un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente⁷⁸.

Es importante destacar que, en dicho asunto, no se tuvo en cuenta, para la determinación de la obligación de indemnizar, el principio general

⁷⁶ *Ibidem*, p. 292.

⁷⁷ PEZZOT, Romina Edith, *International Review of the Red Cross* (2023), p. 1074.

⁷⁸ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, p. 1965.

de la prohibición de la violación de la soberanía de un Estado por otro, ya que se había violado un principio con características propias, como lo es el deber de no causar daño⁷⁹. En otro arbitraje, conocido como el caso del Lago Lanoux, en 1956, entre Francia y España, se sentó el mismo principio⁸⁰.

Cabe resaltar que, en el ámbito de la Cuenca del Plata, existen muchos antecedentes en la materia. La República Argentina suscribió varias declaraciones bilaterales en el año 1971 con países limítrofes, en las que se reconoció expresamente la existencia de principios de derecho internacional general en materia de recursos hídricos y la necesidad de complementarlos con reglas específicas a las cuales sujetar el aprovechamiento de aguas compartidas bilateralmente (Acta de Santiago sobre cuencas hidrológicas suscripta con la República de Chile, el 26 de junio de 1971; Declaración Argentino-Uruguaya sobre el recurso agua del 9 de julio de 1971; Acta de Buenos Aires sobre cuencas hidrológicas, suscripta con la República de Bolivia el 12 de julio 1971)⁸¹. En el mismo año, el 3 de junio de 1971, se suscribió la Declaración de Asunción sobre aprovechamiento de ríos internacionales. En todos ellos se establece la prohibición de causar un perjuicio sensible.

Según Barberis, el derecho internacional contiene una norma general consuetudinaria que establece que todo Estado se halla obligado a actuar de modo tal de no provocar un perjuicio sensible más allá del límite de su territorio. Esta disposición se aplica a todos los recursos naturales compartidos⁸².

Si bien el derecho referente a las aguas fluviales ha sido pionero en la materia, se fue perfilando también la protección de otros recursos naturales como la flora y la fauna, los espacios marítimos y la reglamentación de distintas actividades potencialmente depredatorias. En efecto, el cambio de concepto por otro más abarcativo, más referido a los

⁷⁹ *Ibidem*, p. 1932.

⁸⁰ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp. 281-319.

⁸¹ COMIP, *Aprovechamiento Energético del Río Paraná (Documentos y Tratados)*, 1922, pp. 84-88.

⁸² BARBERIS, Julio A., *Los recursos naturales compartidos entre el Estado y el Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 150.

ecosistemas, se produjo en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972⁸³, más arriba mencionada. Es importante destacar el Principio 21 consagrado por esa Conferencia, que expresa:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

La segunda Conferencia celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, por su parte, introdujo en la Declaración respectiva el Principio 2 que repite el mismo concepto cuando expresa:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

Asimismo, convenciones universales tan importantes como las de Derecho del Mar de Montego Bay de 1982 y la Convención de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios de 1995 tienen en cuenta, respectivamente, la preservación del medio marino y de las especies ictícolas en su integralidad, sin contar los numerosos acuerdos transfronterizos o regionales imbuidos del mismo espíritu.

También se puede mencionar la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de marzo de 1992 y en vigencia desde el 6 de octubre de 1996, cuyo artículo 7.1. expresa: “Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas

⁸³ SABIA DE BARBERIS, Gladys, “La Protección del medio ambiente en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Asociación Argentina de Derecho Internacional*, XII, 2003, p. 109. En efecto, el principio 21.

apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua”.

En el mismo sentido cabe señalar el Proyecto de la CDI sobre acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos, cuyo artículo 6, en sus párrafos 1 y 2, dispone que cuando tales acuíferos sean utilizados, los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para que se evite causar daño sensible a otros Estados del acuífero⁸⁴.

Como se puede apreciar, los textos citados ya no dicen que los Estados no deben causar perjuicio sensible, sino que adoptarán las medidas apropiadas para no causar perjuicio sensible. Se trata, por lo tanto, de una obligación de conducta y no de resultado.

En cuanto a la magnitud del daño, se considera que debe tener cierta entidad, es decir, que no deben constituir una simple molestia; esto surge de los dos casos arbitrales mencionados, el de Trail Smelter y el del Lago Lanoux. Sobre el particular, en los comentarios de la CDI se lee que los daños sensibles son aquellos algo más que detectables, pero que no alcanzan el nivel de graves y sustanciales y agrega que esos daños “... deben tener efectos realmente perjudiciales para el medio ambiente, así como para la salud y el bienestar de la población del territorio⁸⁵.”

El párrafo 2 del Principio 20 del Proyecto de la CDI parecería incluir dos umbrales para la admisibilidad del daño: por un lado, insta a la Potencia ocupante a adoptar medidas apropiadas para prevenir provocar daños sensibles al ambiente del territorio ocupado, pero, por otro lado, indica que no debe causar perjuicio a la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado. Según el comentario de la CDI, no debe interpretarse que las dos oraciones del párrafo 2 establecieron sendos umbrales acumulativos⁸⁶. También podría interpretarse que, cuando se refiere a daños al territorio, no se trata de cualquier daño sino solamente de aquellos que sean probablemente perjudiciales para la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado, pues en ese supuesto

⁸⁴ ONU doc, A/CN.4/L.681, p. 7.

⁸⁵ A/CN/10, p. 299.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 300.

constituirán daños sensibles. Respecto del citado párrafo 2, Hulme considera que: “...The focus on health in the provision ignore the co-application of other human rights. As will be analyzed in this contribution, and as alluded to the Draft Commentary, these other human rights go further than simply ‘health and well being’”⁸⁷. Por otra parte, cuando el Principio introduce la palabra “probabilidad”, está refiriéndose a un criterio precautorio: para tomar las medidas apropiadas no es necesario que haya certeza de la gravedad e irreversibilidad de los daños, ni podrá ampararse en la falta de certeza científica sobre el tema.

Personalmente, este Párrafo 2 me produce dudas en cuanto a su interpretación. Cuando se refiere a la “población del territorio ocupado” en términos generales, la CDI menciona que éste se ha armonizado con el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo Adicional I que se refiere a la población sin el adjetivo “civil”. Esta omisión tiene por objeto destacar que los daños causados al ambiente pueden prolongarse en el tiempo y afectar sin distinción alguna a toda la población. Del mismo modo, la salud y el bienestar afectan a la sociedad de las generaciones presentes y futuras⁸⁸.

En cuanto al párrafo 3 del Principio 20, según manifiesta la CDI, se basa en la última parte del artículo 53 de Reglamento de La Haya de 1907 cuando prescribe: “respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”, así como en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra que también transcribí y comenté anteriormente. Ambas disposiciones incorporan el principio conservacionista que pone de relieve el carácter temporal de la ocupación y la necesidad de mantener el *statu quo ante*. La CDI agrega que estas dos disposiciones han sido interpretadas en el sentido que reconocen a la potencia ocupante la competencia de legislar cuando resulte necesario para el mantenimiento del orden público y la vida civil, así como la de modificar la legislación que sea contraria a los derechos humanos. Cita al respecto un comentario de la CICR al artículo 47 del IV Convenio de Ginebra en el sentido que cabe imaginar que algunos cambios en las instituciones sean necesarios e, incluso, supongan una mejora, y

⁸⁷ HULME, Karen, “Enhancing Environmental Protection during occupation through Human rights”_*Göttingen Journal of International Law*, 10, (2020), p. 215.

⁸⁸ A/CN/10, Idem.

explica que la finalidad del texto en cuestión es proteger a los seres humanos y no a las instituciones políticas y a la estructura gubernamental del Estado como tal. Al mismo tiempo, la potencia ocupante no puede asumir la función de legislador soberano⁸⁹.

Los conflictos armados pueden haber sometido al ambiente del Estado ocupado a una presión considerable y haber provocado un colapso institucional, por lo que se reconoce que la potencia ocupante puede tener que tomar medidas prácticas para hacer frente a los problemas ambientales inmediatos. Cuanto más prolongada sea la ocupación, más habrá que diversificar las medidas para proteger el ambiente. En este tipo de ocupaciones sería conveniente, según el comentario de la CDI, implicar a la población del territorio ocupado en la toma de decisiones⁹⁰.

A continuación, analizaré el Principio 21, que es el que más se relaciona con el tema del presente trabajo.

“Principio 21.

Utilización sostenible de los recursos naturales

En tanto que se permita a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado en beneficio de la población del territorio ocupado y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados, aquella lo hará de forma que asegure su utilización sostenible y reduzca al mínimo los daños ambientales”.

El Proyecto de Principios de la CDI se ocupa, en general, de la protección del ambiente en los conflictos armados. El Principio 21 lo hace en el contexto específico de la ocupación, el que se configura con la posibilidad y aun el deber del ocupante de administrar y utilizar los recursos naturales del territorio ocupado. Cuando me referí en la primera parte al tema de la protección del ambiente en las situaciones de ocupación, manifesté que existían dudas en cuanto a los límites de la explotación de tales recursos.

Por tal motivo es interesante constatar si el Principio 21 resuelve esas dudas. Es atinente para ello analizar los comentarios de la CDI en los que se señala que la disposición bajo análisis se basa en artículo 55 del

⁸⁹ *Ibidem*, p. 301.

⁹⁰ *Ídem*.

Reglamento de La Haya de 1907. En efecto, en virtud de esa disposición, el ocupante es un administrador y usufructuario de los bienes muebles e inmuebles del territorio ocupado. En general, se ha interpretado que el artículo 55 prohíbe la destrucción por dilapidación o negligencia del valor del capital, ya sea por tala o explotaciones mineras excesivas o por otra forma de explotación abusiva. La administración temporal del territorio impide a la Potencia ocupante utilizar los recursos del país para sus propios fines. Se permite, en cambio, la explotación de bienes para sufragar los gastos de la ocupación, que no deben superar los gastos razonables para la economía del país.

Otro límite lo constituye la prohibición general de la destrucción o incautación de bienes, ya sean públicos o privados, muebles o inmuebles en el territorio ocupado, a menos que tal destrucción o incautación sea absolutamente necesarias a causa de las operaciones militares. La prohibición del pillaje de recursos naturales es aplicable, además, en situación de ocupación, de acuerdo con el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra de 1949 y el artículo 53 del Protocolo Adicional I de 1977⁹¹.

El principio de la soberanía permanente de los recursos naturales también incide en la interpretación del artículo 55 del Reglamento de La Haya de 1907, ya que tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sientan ese principio y son de aplicación al caso de ocupación.

“La noción de uso sostenible de los recursos naturales puede considerarse, en este sentido, como el equivalente moderno del concepto de ‘usufructo’, que es en esencia una norma de buena administración, según la cual la Potencia ocupante ‘no debe excederse de lo que es necesario o habitual’ en la explotación del recurso de que se trate. Ello quiere decir que la Potencia ocupante debe actuar con cautela en la explotación de los recursos no renovables, sin superar los niveles de explotación anteriores a la ocupación y explotar los recursos renovables de una manera que asegure su utilización a largo plazo y su capacidad de regeneración”⁹².

⁹¹ *Ibidem*, p. 368.

⁹² *Ibidem*, p. 305.

Como manifiesta Hulme, el ocupante no puede crear peligros adicionales al ambiente de los territorios ocupados, como ocurriría si en esos territorios se construyesen nuevas industrias contaminantes, o se vertiesen residuos peligrosos o se desviasen cursos de agua, tal como ha ocurrido en los territorios Palestinos ocupados⁹³.

Este mismo autor puso como ejemplo la ocupación soviética en Afghanistan y dijo: “following the Soviet occupation of Afghanistan, uncontrolled cultivation and grazing, as well as hunting, water extraction and deforestation cause large-scale damage to the environment, including the creation of risks to the survival needs of the population”⁹⁴.

He mencionado en este trabajo que muchos de los conflictos armados se han originado para acceder a recursos naturales de algunos países que los poseen. Uno de los tantos ejemplos lo constituye la explotación y el tráfico de diamantes conflictivos, llamados también diamantes de sangre, pero se hace extensivo a otros minerales valiosos como, por ejemplo, el oro, el litio y el coltán.

En el caso de los diamantes, los gobiernos de países del sur de África se reunieron en Kimberley (Sudáfrica) en mayo de 2000 para tratar de encontrar soluciones al grave problema existente en la materia. Fue así como se inició, con la idea de atacarlo de raíz, el Proceso de Kimberly que motivó que la Asamblea General adoptara el 1 de marzo de 2019 la Resolución A/RES/73/283 denominada “Los diamantes como factor que contribuye a los conflictos: romper el vínculo entre el comercio ilícito de diamantes en bruto y los conflictos armados a fin de facilitar la prevención y solución de los conflictos”. Esta resolución reconoció que el comercio de diamantes conflictivos sigue siendo motivo de profunda preocupación a nivel internacional y puede estar directamente vinculado con la intensificación de los conflictos armados, las actividades de movimientos rebeldes para debilitar o derrocar gobiernos legítimos, el tráfico ilícito y la proliferación de armamentos. Se creó, además, el Sistema Internacional de Certificación del Proceso de Kimberley por el cual los Estados participantes

⁹³ HULME, Karen, op.cit., p. 232

⁹⁴ HULME, Karen, op.cit. p. 236.

no pueden importar diamantes en bruto a menos que vayan acompañados de un certificado validado por la autoridad competente de otro Estado participante y que hayan sido transportados por un contenedor sellado inviolable. Esto constituye un paso adelante muy encomiable, pero todavía no ha sido suficiente para solucionar realmente el problema existente.

Cabe destacar que la Asamblea General de las Naciones Unidas sigue de cerca la evolución de los problemas de los territorios ocupados y señala las violaciones de obligaciones de derecho internacional humanitario, de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional ambiental, que es lo que nos preocupa especialmente en este trabajo.

El siguiente Principio, el 22, trata las actividades realizadas en el territorio de un Estado ocupado, pero que tienen consecuencias en otras zonas del mismo Estado que no se encuentran ocupadas, o de otros Estados o de espacios fuera de jurisdicción estatal.

“Principio 22. Debida diligencia

La Potencia ocupante actuará con la debida diligencia para que las actividades en el territorio ocupado no causen daños sensibles al medio ambiente de zonas situadas fuera del territorio ocupado”.

Este principio contiene la obligación de actuar con “debida diligencia”, lo que implica que el ocupante tiene una obligación de comportamiento. ¿Cuál es esa obligación de comportamiento? A mi entender, ella consiste en tomar las medidas apropiadas, lo que significa que, si tomara las medidas apropiadas e igualmente se produjera un perjuicio sensible, la Potencia ocupante en principio no resultaría responsable por los daños. Entiendo que la “debida diligencia” se concreta si se toman las “medidas apropiadas”, por lo que ambas expresiones están estrechamente vinculadas. Esta afirmación vale también para el Principio 20, párrafo 2, aunque se refiera solo a medidas apropiadas.

Esa interpretación fue dada por la Corte Internacional de Justicia en relación con el artículo 36 del Estatuto del Río Uruguay suscripto entre Argentina y Uruguay (que entró en vigencia el 26 de febrero de 1975), que prescribe en la parte pertinente: “Las Partes coordinarán, por intermedio

de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico...”.

Sobre el particular, la Corte Internacional de Justicia manifestó:

“La Cour considère que l’obligation formulée à l’article 36 incombe aux deux Parties et leur impose d’adopter un comportement spécifique consistant à prendre les mesures nécessaires de façon coordonnée, par l’intermédiaire de la commission, pour éviter toute modification de l’équilibre écologique. L’obligation d’adopter des mesures réglementaires au administratives, que ce soit de manière individuelle ou conjointe, et de les mettre en œuvre constitue une obligation du comportement. Les deux Parties doivent donc, en application de l’article 36, faire preuve de la diligence requise (‘due diligence’) en agissant dans le cadre de la commission pour prendre les mesures nécessaires à la préservation de l’équilibre écologique du fleuve”⁹⁵.

Esa interpretación se da igualmente en el caso en que los textos legales imponen la obligación de “procurar” la obtención de un resultado. En este sentido, Elsa Kelly recuerda a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional de Derecho del Mar cuando interpreta el Anexo III, artículo 4, párrafo 4, primera parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, que prescribe:

“El Estado o los Estados patrocinantes estarán obligados, con arreglo al artículo 139, a procurar, en el marco de sus ordenamientos jurídicos, que los contratistas, patrocinados por ellos realicen sus actividades en la Zona de conformidad con las cláusulas de sus contratos y con las obligaciones que les incumban en virtud de esta Convención...”.

De acuerdo con esa interpretación, la obligación de ese Estado es la de “procurar”: constituye una obligación de conducta, de comportamiento, “y no exige la obligación de obtener en todos y en cada uno de los casos, el resultado previsto”⁹⁶. En este sentido, la Opinión Consultiva citada menciona:

⁹⁵ C.I.J., *Affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine/Uruguay), arrêt, *Recueil 2010*, párr. 187.

⁹⁶ KELLY, Elsa, “El enfoque de precaución: La contribución de ITLOS al derecho internacional ambiental en la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos”, en *Aspectos Ambientales en el Derecho Internacional*, CARI, 2018, pág. 15.

“The sponsoring State’s obligation ‘to ensure’ is not an obligation to achieve, in each and every case the result that the sponsored contractor complies with the aforementioned obligations. Rather, it is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result. To utilize the terminology current in international law, this obligation may be characterized as an obligation ‘of conduct’ and not ‘of result’ and as an obligation ‘of due diligence’⁹⁷ (...) “The notions of obligations ‘of due diligence’, and obligations ‘of conduct’ are connected”⁹⁸.

En definitiva, las expresiones “diligencia debida”, “procurar” y “adoptar las medidas apropiadas” son intercambiables. De acuerdo con todo ello, la norma primaria de la obligación sería: “se deben adoptar medidas apropiadas para no causar un daño sensible”. Esto es diferente de la norma primaria de los primeros antecedentes nombrados en este trabajo, que era “no se debe causar un daño sensible”. En el primer caso se debe evaluar la conducta y, en el segundo, el daño.

IV. Conclusiones

Es encomiable la tarea de la CDI de redactar un Proyecto con Principios aplicables a los conflictos armados en relación con la protección del ambiente, incluido el aprovechamiento de los recursos naturales en territorios ocupados, tema del presente trabajo.

La CDI decidió elaborar un proyecto de Principios, algunos de los cuales, según sus propios dichos, tienen carácter consuetudinario mientras que otros son simplemente recomendatorios. Al analizar el contenido de aquellos referentes a las situaciones de ocupación, se puede observar que resultan muy conservadores, ya que se apegan a las normas convencionales y consuetudinarias existentes. No solo son conservadores los Principios 20, 21 y 22, que se refieren específicamente a la ocupación, sino también aquellos más generales que les son aplicables.

⁹⁷ ITLOS, Seabed Disputes Chamber, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, Reports 2011, párr. 110.

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 111.

A fin de evaluar el Proyecto, he analizado el plexo normativo conformado, en complementariedad, por el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional ambiental, sin desconocer la existencia de convenciones que podrían resultar aplicables a la situación de ocupación, como podría ser la Convención de La Haya para la protección de la propiedad cultural en los conflictos armados, de 1954.

En primer lugar, a mi entender, debería revisarse el concepto de “ocupación beligerante” a fin de clarificar el amplio espectro de situaciones que pueden presentarse, incluyendo aquellas en que es incierta la autoridad dentro de un territorio, como cuando es invadido por fuerzas armadas con capacidad para imponer dicha autoridad, pero que todavía no se hizo efectiva y el anterior régimen no quiere o no puede ejercerla.

En segundo lugar, considero que el umbral de inadmisibilidad de los daños quedó muy alto. En efecto, en cuanto al modo de llevar las hostilidades, los daños deben ser vastos, duraderos y graves, ya que se aplicaría el Principio 13 que opta por la conjunción copulativa “y” siguiendo el Protocolo Adicional 1. A su vez, en cuanto al aprovechamiento de los recursos naturales en el territorio ocupado, la potencia ocupante tiene la obligación de actuar con la “debida diligencia”, adoptar “medidas apropiadas” y “procurar” no causar perjuicios sensibles; ello en vez de exigirle que “no debe causar perjuicios sensible”. Es decir, la norma primaria aquí sería la que obliga a un Estado a tomar las medidas apropiadas. Esta tipificación de la norma primaria –que es de conducta y no de resultado– no se introdujo solo en este Proyecto de Principios, sino que se viene dando en otras convenciones y proyectos sobre recursos naturales, respecto de los cuales ya he manifestado en otras publicaciones mi visión crítica. Por tal motivo, el umbral de inadmisibilidad de los daños en el caso de aprovechamiento de los recursos naturales no es alto; sin embargo, en la mayor parte de los casos resulta difícil de probar la responsabilidad del ocupante.

Por último, no se puede desconocer que existen límites para las Potencias ocupantes en cuanto a la explotación de los recursos naturales, ya que deben tenerse en cuenta los intereses y el bienestar de la población de los territorios ocupados y no del ocupante. No obstante, la verdad es

que no siempre ello ha ocurrido así en los hechos. Es indispensable establecer reglas bien claras sobre este tema y el texto actual, a mi entender, no cubre esa expectativa.

Puede señalarse, en conclusión, que el tema tratado reviste la mayor importancia y estoy convencida de que con el alto nivel jurídico de los miembros de la CDI y las opiniones de los Estados y organizaciones especializadas, se arribará a un texto que despeje las dudas existentes, sobre todo en el campo doctrinal.

A 90 SEGUNDOS DE LA HECATOMBE NUCLEAR*

MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE^o

SUMARIO: I. Introducción. II. La decisión de bombardear con armas nucleares (bombas atómicas) Hiroshima y Nagasaki (1945). III. El precedente “*Shimoda*” sobre el uso de armas nucleares (1963). IV. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del uso o de la amenaza de uso armas nucleares (1996). V. La doctrina del “no primer uso” de armas nucleares. VI. Conclusión.

I. Introducción

El 7 de julio de 2017 se aprobó el tratado sobre la prohibición de las armas nucleares en la conferencia internacional de las Naciones Unidas en Nueva York. Es el primer acuerdo multilateral que prohíbe íntegramente las armas nucleares. Se complementa con otros instrumentos multilaterales: el tratado sobre la no proliferación nuclear; el tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares; y los acuerdos regionales que establecen zonas libres de armas nucleares. Entró en vigor el 22 de enero de 2021.¹ Ello contrasta con la actual carrera armamentística, en particular, la relativa a los armamentos nucleares. Cuando distintos Estados se enfrentan en circunstancias de rivalidad y competencia y descansan para su seguridad en sus respectivos arsenales de armamentos nucleares, es lógico que cada uno de ellos se esfuerce por obtener una condición de superioridad y máxima eficiencia respecto de sus adversarios.

* La autora se inspira en el *Doomsday Clock* (*Bulletin of the Atomic Scientists*) para el título de este capítulo, <https://thebulletin.org/doomsday-clock/> (último acceso 29.08.2023).

^o Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Abogada (UCA, 2005). Becaria *Fulbright* (2008-2009). *Master of Laws in International Law* (*The Fletcher School of Law & Diplomacy*, 2009). Especialista en Abogacía del Estado (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, 2023).

¹ A la fecha, 92 Estados son signatarios y 68 Estados son Parte. Ninguno de los Estados poseedores de armas nucleares firmó el tratado.

Se genera así una espiral de acciones y reacciones en constante retroalimentación, en la que cada competidor intenta mantenerse al frente de tal carrera en base a un constante aumento y perfeccionamiento de sus sistemas bélicos.² Desde la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1991, la comunidad internacional no asistía a una retórica nuclear tan intensa y al apresto operacional entre los Estados Unidos y Rusia. Amenazas nucleares y alertas militares eran tensiones características de la guerra fría, antes y después de la crisis de los misiles en Cuba de 1962.

Actualmente, las estrategias militares de los Estados Unidos y Rusia contemplan el primer uso de armas nucleares en circunstancias extremas y, en algunos casos, incluso contra amenazas no nucleares.³ Sin embargo, ambos Estados afirman que sus estrategias de defensa solamente contemplan un uso defensivo de armas nucleares. La doctrina militar rusa permite hipotéticamente el uso de armas nucleares solo en respuesta a una agresión con armas de destrucción en masa o convencionales, pero solamente cuando la propia existencia del Estado ruso esté amenazada.

En noviembre de 2022, la Cancillería rusa señaló que la política de disuasión nuclear tiene como eje rector el postulado de la inaceptabilidad de la guerra nuclear (en la que no puede haber vencedores), y las directrices doctrinales son solo de carácter defensivo y no permiten ninguna interpretación expansiva. Asimismo, emitió una declaración que reza:

² Por ejemplo, el Pentágono estima que, para 2035, China planea triplicar su cantidad de armas nucleares hasta alcanzar 1.500 ojivas nucleares. Además, desde que India y Paquistán realizaron ensayos con armas nucleares en 1998, se inició una rivalidad trilateral y tanto China como India y Paquistán han incrementado su arsenal nuclear. Sobre la relación EE.UU. – China, *cfr.* Fiona S. Cunningham, “Strategic Substitution: China’s Search for Coercive Leverage in the Information Age”, 47 *International Security* 46 (2022) y “Cooperation under Asymmetry? The Future of US-China Nuclear Relations”, 44 *The Washington Quarterly* 159 (2021).

³ U.S. Department of Defense, 2022 National Defense Strategy (including the 2022 Nuclear Posture Review and the 2022 Missile Defense Review) y 2021 Military Doctrine of the Russian Federation. Para un análisis de la evolución de las doctrinas de defensa estadounidense y rusa sobre el uso de armas nucleares, *cfr.* Richard Falk *et al.*, “Nuclear Weapons and International Law”, 20 *Indian J. Int’l L.* 541 (1980).

*“Rusia parte de la continua relevancia de los acuerdos y entendimientos existentes en el ámbito de la reducción y limitación de las armas nucleares, reduciendo los riesgos estratégicos y la amenaza de incidentes y conflictos internacionales con peligro de escalada al nivel nuclear. Confirmamos plenamente nuestro compromiso con la declaración conjunta del 3 de enero de 2022 de los líderes de los cinco Estados poseedores de armas nucleares sobre la prevención de una guerra nuclear y la evitación de una carrera armamentística”.*⁴

El 21 de febrero de 2023, el presidente Putin anunció, en su discurso ante la Asamblea Federal, la suspensión de la participación de la Federación de Rusia en el tratado de reducción de armas estratégicas START III. Este acuerdo limita los arsenales estratégicos de los Estados Unidos y la Federación de Rusia a un máximo de 700 misiles desplegados, 1.550 ojivas nucleares, y 800 lanzadores desplegados y en reserva. En 2021, ambos Estados habían acordado prorrogar su vigencia hasta el 5 de febrero de 2026. El 22 de febrero de 2023, el presidente Biden, en una entrevista televisiva a la cadena ABC News, expresó su confianza en que Washington y Moscú serán capaces de resolver este asunto. El canciller ruso aclaró que la Federación de Rusia continuará con el cumplimiento estricto de las restricciones sobre la cantidad de armamentos estipuladas en el acuerdo START III y notificará el lanzamiento de misiles balísticos a los Estados Unidos.

El 25 de marzo de 2023, los presidentes de Rusia y Bielorrusia anunciaron un acuerdo de emplazamiento de armas nucleares en territorio bielorruso. Ambos Estados han declarado que no se trata de una transferencia de armas (prohibida conforme el tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares) sino un emplazamiento de ojivas nucleares que están bajo el control de Rusia. Y compararon ese emplazamiento con los que EE.UU. posee en Alemania, Bélgica, Italia, Países Bajos y Türkiye en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte. Las primeras ojivas nucleares rusas fueron emplazadas en Bielorrusia en junio pasado, mientras las restantes lo serán antes de fin de

⁴ *Sputnik News*, “La Cancillería rusa publica una declaración sobre la prevención de la guerra nuclear”, 2 de noviembre de 2022, <https://sputniknews.lat/20221102/la-cancilleria-rusa-publica-una-declaracion-sobre-la-prevencion-de-una-guerra-nuclear-1132071360.html> (último acceso 29.08.2023).

año. El presidente Lukashenko afirmó que está seguro de que las armas nucleares tácticas rusas emplazadas en su país nunca serán usadas.⁵

El 29 de agosto de 2023, el portavoz de la representación de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas expresó que ese país reanudará los ensayos nucleares solamente si los Estados Unidos lo hace primero.⁶ Rusia es Estado Parte en el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares de 10 de septiembre de 1996. Los Estados Unidos y la Federación de Rusia firmaron ese tratado el 24 de septiembre de 1996; Rusia lo ratificó el 30 de junio de 2000. El tratado no entró en vigor porque para ello es necesario que lo ratifiquen 44 Estados listados en su Anexo 2 y faltaban que depositen su instrumento de ratificación los siguientes ocho Estados: China, Corea del Norte, Egipto, Estados Unidos, India, Irán, Israel, y Paquistán.⁷ El 2 de noviembre pasado el presidente Putin promulgó la ley sobre la revocación de la ratificación de ese tratado.⁸ Consecuentemente, el número de Estados que faltan ratificar ascendió a nueve.

El equilibrio entre el terror y el miedo a la destrucción mutua asegurada constituyó, durante la guerra fría, la protección más efectiva contra un apocalipsis nuclear. La disuasión nuclear es una estrategia basada en la amenaza de uso de armas nucleares, amenaza de matar a millones de personas, amenaza de provocar una catástrofe humanitaria y ambiental. Las recientes acciones de algunos Estados poseedores de armas nucleares obligan al resto de la comunidad internacional a vivir en una

⁵ *Reuters*, “Belarus leader says nuclear arms will not be used”, 30 June 2023, <https://www.reuters.com/world/europe/belarus-leader-says-nuclear-arms-will-not-be-used-2023-06-30/> (último acceso 29.08.2023).

⁶ *Sputnik News*, “Rusia realizará ensayos nucleares solo si EE.UU. lo hace primero”, 29 de agosto de 2023, <https://sputniknews.lat/20230829/rusia-realizara-ensayos-nucleares-solo-si-eeuu-lo-hace-primero-1143166750.html> (último acceso 29.08.2023)

⁷ Federal Ministry Republic of Austria, European and International Affairs, Press Release Foreign Ministry Schallenberg: “Finally Ban Nuclear Tests!”. Austria Fights for Nuclear Tests Ban Treaty – Eight States Hold the Key to its Entry into Force”, Vienna 29 August 2023, <https://www.bmeia.gv.at/en/ministerium/presse/aktuelles/2023/08/foreign-minister-schallenberg-finally-ban-nuclear-tests> (último acceso 29.08.2023).

⁸ UN News, “World News in Brief: Russia pulls out of nuclear test ban treaty, climate ‘health crisis’, pushback against bullying”, 2 November 2023, <https://news.un.org/en/story/2023/11/1143142> (último acceso 14.11.2023).

coexistencia bajo el miedo de exterminación por el uso de armas nucleares. Armas que fueron usadas por primera y única vez en Hiroshima y Nagasaki en agosto de 1945. Armas cuyos efectos de explosión, fuego y radiación son devastadores. En 2020, el programa de ciencia y seguridad global de la Universidad de Princeton desarrolló una simulación de una posible escalada al nivel nuclear de una guerra con armas convencionales entre los Estados Unidos y la Federación de Rusia, con Europa como principal teatro de operaciones.⁹ La simulación estimó que 91,5 millones de personas morirán inmediatamente. Esa cifra se incrementará como consecuencia de los efectos, a largo plazo, sobre las personas y el medio ambiente del uso de armas nucleares. En el mismo sentido, el primer informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los efectos de un posible uso de armas nucleares, ya en 1967, alertaba sobre los efectos de la contaminación radioactiva que, a largo plazo, generarían problemas en la producción de alimentos y el acceso al agua.¹⁰ Solamente los efectos genéticos y medioambientales del uso de armas nucleares brindan un argumento humanitario contundente contra su legalidad.¹¹

El 13 de junio de 2023, el historiador Sergei A. Karaganov inició un debate entre académicos rusos sobre el uso de armas nucleares, al que caracterizó como una decisión difícil pero necesaria.¹² Afirmó que Rusia ha puesto un umbral muy alto para el uso de armas nucleares y que, en 75 años de relativa paz, las personas han olvidado los horrores de la guerra y han dejado de temer el uso de esas armas. Sostuvo que ese miedo debe ser resucitado. Los siguientes intelectuales rusos respondieron a su

⁹ Princeton University, Program on Science and Global Security, Plan A <https://sgs.princeton.edu/the-lab/plan-a> (último acceso 29.08.2023).

¹⁰ A/6858 (1967), p. 21.

¹¹ Richard Falk *et al.*, *supra* 3, 595.

¹² Sergei A. Karaganov, "A Difficult but Necessary Decision", *Russia in Global Affairs*, 13 de junio de 2023, <https://eng.globalaffairs.ru/articles/a-difficult-but-necessary-decision/> (último acceso 29.08.2023).

planteo: Ilya S. Fabrichnikov¹³, Dmitry V. Trenin¹⁴, Ivan Timofeev¹⁵, y Fyodor A. Lukyanov¹⁶. Tres de ellos, Fabrichnikov, Timofeev, y Lukyanov, apoyaron el uso de armas nucleares conforme lo establecido en la doctrina militar de la Federación de Rusia mientras que Trenin sostuvo la necesidad de actualizar esa doctrina para ampliar la posibilidad de uso de esas armas de destrucción en masa. Como señalara Lukyanov, el debate público sobre el uso de armas nucleares era tabú después de su primer y único uso en 1945. No lo es 78 años después.

El 6 de septiembre de 2023 la Fuerza Aérea de los Estados Unidos realizó una prueba de misiles balísticos intercontinentales Minuteman III (sin armas nucleares) desde la base de la Fuerza Espacial Vandenberg en California al atolón Kwajalein de las islas Marshall para comprobar que esos sistemas de armas aseguran la disuasión nuclear.¹⁷ A su vez, un día antes, la portavoz de la Cancillería rusa aseguró que si se volvieran a emplazar armas nucleares estadounidenses en el Reino Unido, ello será percibido como una escalada.¹⁸

¹³ Ilya S. Fabrichnikov, “Demonstrative Restrain as a Recipe against Unnecessary Decisions. A Response to the Article ‘A Difficult but Necessary Decision’ By Sergei Karaganov”, *Russia in Global Affairs*, 16 de junio de 2023, <https://eng.globalaffairs.ru/articles/demonstrative-restraint/> (último acceso 29.08.2023).

¹⁴ Dmitry V. Trenin, “Conflict in Ukraine and Nuclear Weapons. A Response to Sergei Karaganov’s ‘A Difficult but Necessary Decision’”, *Russia in Global Affairs*, 22 de junio de 2023, <https://eng.globalaffairs.ru/articles/ukraine-and-nuclear-weapons/> (último acceso 29.08.2023).

¹⁵ Ivan Timofeev, “A Preemptive Nuclear Strike? No!”, *Modern Diplomacy*, 22 de junio de 2023, <https://modern diplomacy.eu/2023/06/22/a-preemptive-nuclear-strike-no/> (último acceso 29.08.2023).

¹⁶ Fyodor A. Lukyanov, “Why We Won’t Be Able to ‘Sober Up the West’ with a Nuclear Bomb?”, *Russia in Global Affairs*, 26 de junio de 2023, <https://eng.globalaffairs.ru/articles/sober-up-the-west/> (último acceso 29.08.2023).

¹⁷ Ellen Mitchell, “Air Force tests nuclear-capable long-range missile”, *The Hill*, 6 de septiembre de 2023, https://thehill.com/policy/defense/4189949-air-force-tests-nuclear-capable-long-range-missile/?mkt_tok=ODEzLVhZVS00MjIAAAGOEfCh9Bq0L4LIZpVz43Xkt1dB5lFei-OLybr3FEj5CCx9y9h6jqWAJpG1Wo42PQyUFSZJhRdZVki7Ckuwb3JAIWA8NccLibThzakVGVO (último acceso 07.09.2023).

¹⁸ Julian Borger, Andrew Roth, “Return of US nuclear weapons to UK would be an escalation, says Russia”, *The Guardian*, 5 de septiembre de 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/sep/05/return-of-us-nuclear-weapons-to-uk-would-be-an-escalation-says->

Este trabajo tiene por objeto perseverar en la necesidad de alcanzar el desarme nuclear completo, que denota la disminución y eventualmente la eliminación de las armas nucleares. El desarme nuclear difiere del control de armamentos nucleares, que implica el establecimiento de normas internacionales que regulen, restrictivamente, la cantidad y la calidad de las armas, su emplazamiento o su uso. Para ello, se abordará la cuestión conforme al siguiente esquema: la decisión de bombardear con armas nucleares (bombas atómicas) Hiroshima y Nagasaki (II); el precedente “*Shimoda*” sobre el uso de armas nucleares (III); la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del uso o de la amenaza de uso de armas nucleares (IV); la doctrina del “no primer uso” de armas nucleares (V).

II. La decisión de bombardear con armas nucleares (bombas atómicas) Hiroshima y Nagasaki (1945)

El presidente de los Estados Unidos, Harry S. Truman, ordenó el bombardeo con armas nucleares (bombas atómicas) sobre las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki el 6 y 9 de agosto de 1945, respectivamente. Como consecuencia de ello, el gobierno del Japón se rindió el 10 de agosto de 1945. La investigación científica y el desarrollo tecnológico que permitieron la producción de tales armas de destrucción en masa fue coordinada por el secretario de guerra Henry L. Stimson.¹⁹ Tanto el presidente Truman cuanto el secretario Stimson formularon declaraciones para explicarle a la sociedad la decisión de usar las bombas atómicas.²⁰

[russia?mkt_tok=ODEzLVhZVS00MjIAAAGOEfCh9ALc5JKFz1xyUOVXH8AJscWnrFz9XUaZYqn_vgvVLsQBsrEzfqdMomyfM6YeWF-M7zMrJgAxSdC-D1nwu5W2rjLcb2eyczPWHX8](https://www.russia?mkt_tok=ODEzLVhZVS00MjIAAAGOEfCh9ALc5JKFz1xyUOVXH8AJscWnrFz9XUaZYqn_vgvVLsQBsrEzfqdMomyfM6YeWF-M7zMrJgAxSdC-D1nwu5W2rjLcb2eyczPWHX8) (último acceso 07.09.2023).

¹⁹ Henry L. Stimson fue designado secretario de guerra por el presidente Franklin D. Roosevelt el 1 de mayo de 1943. Renunció el 21 de septiembre de 1945.

²⁰ Harry S. Truman, Letter dated 16 December 1946, *Atlantic Monthly* (February 1947), <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1947/02/president-truman-to-dr-compton/305432/> (último acceso 29.08.2023). Henry L. Stimson, “The Decision to Use the Atomic Bomb”, *Harper’s Magazine* (February 1947), pp. 97-107. También, Harry S. Truman, *Memoirs*. Volume I: Years of Decisions, Nueva York, Doubleday, 1955.

En 1941, el presidente Franklin D. Roosevelt creó un comité para asesorarlo sobre las políticas relativas al estudio de la fisión nuclear en los Estados Unidos y en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Los miembros de ese comité fueron el vicepresidente Henry A. Wallace, el general George C. Marshall, los científicos Vannevar Bush y James B. Conant, y el secretario de guerra Henry L. Stimson. Durante la etapa de planes y preparación (septiembre 1941-junio 1945), ese comité concluyó que, si Estados Unidos era el primer país en obtener la bomba atómica, tendría un gran instrumento para acortar la guerra y minimizar la destrucción. El objetivo era ser el primer país en producir la bomba atómica y usarla. Hasta la segunda mitad del año 1945, las circunstancias en las que esa arma de destrucción en masa sería empleada fueron desconocidas para el comité. Stimson afirmó que, entre 1941 y 1945, nunca escuchó que el presidente u otro miembro del gobierno sugiriera que la energía atómica no debía usarse en la guerra por ser un arma devastadora.²¹

En abril de 1945, se estimaba que era probable que, en el futuro, las bombas atómicas pudieran ser producidas por países más pequeños o incluso grupos de países, o en menor tiempo por otro país.²² Esta estimación denota que los Estados Unidos había identificado la probabilidad (aunque no como riesgo) de la proliferación de armas nucleares.

El 1 de junio de 1945, el comité adoptó de forma unánime las siguientes recomendaciones que fueron elevadas al presidente: (1) la bomba atómica debía ser usada contra el Japón cuanto antes; (2) la bomba atómica debía emplearse en un objetivo dual (es decir, un objetivo militar adyacente a bienes civiles que serían destruidos y dañados); (3) la bomba atómica debía ser empleada sin aviso respecto de la naturaleza del arma nuclear.²³ Estas recomendaciones habían sido discutidas con el panel de científicos el 31 de mayo de 1945. Ese panel estaba integrado por cuatro físicos: Arthur H. Compton, Enrico Fermi, Ernest O. Lawrence, y J. Robert

²¹ Henry L. Stimson, *ibidem*, 98.

²² Henry L. Stimson, Memorandum discussed with President Truman, 25 April 1945, punto 3.

²³ Un miembro del comité cambió su voto sobre el tercer punto que fue registrado como disidencia. *Cfr.* David McCullough, Truman, Nueva York, Simon & Schuster, 1993, p. 391.

Oppenheimer. El comité también analizó que no contaban con bombas atómicas suficientes y por ello, no podían ser desperdiciadas; las bombas atómicas no podían fallar en destruir los objetivos propuestos.

La definición de los planes y programas para el Japón se establecieron en el memorándum de 2 de julio de 1945. Para su elaboración, Stimson consultó al secretario de la marina James V. Forrestal y a Joseph C. Grew, diplomático de carrera y embajador en Japón cuando ocurrió el ataque a Pearl Harbor, quien estaba a cargo de la secretaria de estado. La bomba atómica no es mencionada en ese documento. Con fundamento en que el programa nuclear era secreto, no era mencionado en los documentos oficiales del gobierno estadounidense a menos que fuera estrictamente necesario. La bomba atómica no había sido aun probada; la prueba nuclear se realizó en el desierto de Nuevo México (Estados Unidos) el 16 de julio de 1945.²⁴ Esa prueba confirmó que el poder de la bomba atómica era el máximo previsto en los cálculos científicos y serviría para producir un shock en Japón. Stimson elaboró la lista de objetivos a bombardear.²⁵ Solicitó y obtuvo permiso del presidente Truman para eliminar de esa lista a la ciudad japonesa de Kioto porque había sido capital de Japón, y era un templo de su cultura y arte. Se aprobaron otros cuatro objetivos, entre ellos, las ciudades de Hiroshima y Nagasaki. Truman escribió en su diario que la bomba atómica tampoco podía ser usada sobre Tokio donde se encontraba el palacio imperial.²⁶ Luego de la prueba nuclear, se había analizado bombardear algún área deshabitada de Japón. Dos argumentos primaron en contra de esa idea: el hecho de que

²⁴ Proyecto *Manhattan*, prueba *Trinity*, 16 de julio de 1945 a las 05:30 AM. Fue la primera explosión nuclear mundial en Alamogordo, Nuevo México (Estados Unidos). *Cfr.* Margaret Truman, Harry S. Truman, Nueva York, William Morrow & Co., 1973, pp. 269- 270. También *cfr.* David McCullough, *ibidem*, pp. 430-431.

²⁵ En diciembre de 2015, Estados Unidos desclasificó la lista de potenciales objetivos a ser bombardeados con armas nucleares (bombas atómicas) durante la guerra fría. Sorprendió la inclusión de objetivos de “destrucción masiva” en ciudades importantes de Rusia y Alemania oriental. Otros objetivos simplemente estaban denominados “población”. El listado se encuentra disponible en el archivo de seguridad nacional de la George Washington University: <https://nsarchive2.gwu.edu/nukevault/ebb538-Cold-War-Nuclear-Target-List-Declassified-First-Ever/> (último acceso 29.08.2023). Para un breve análisis del listado, *cfr.* Scott Shane, “1950s U.S. Nuclear Target List Offers Chilling Insight”, *New York Times*, 22 de diciembre de 2015, sección A p. 10.

²⁶ David McCullough, *supra* 24, p. 444.

Estados Unidos no poseía gran cantidad de bombas atómicas (solo dos y como mucho podrían ser tres) y la percepción de que bombardear un área donde se ocasionaran pocos daños, no provocaría la rendición.²⁷

El 6 y el 9 de agosto de 1945, los Estados Unidos bombardeó con dos bombas atómicas (las únicas dos listas para ser usadas en su arsenal) a las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, respectivamente. La bomba atómica fue (y es) un arma de destrucción devastadora y terrible.²⁸ Fue también el arma de efectos psicológicos que los Estados Unidos buscaba para obtener la rendición japonesa. Esa rendición se produjo el 10 de agosto de 1945. El profesor Karl T. Compton describió el resultado del ataque, “[...] *no fue una bomba atómica, o dos, lo que obtuvo la rendición; fue la experiencia de lo que la bomba atómica hará efectivamente a una comunidad, más el miedo de muchas más, eso fue eficaz*”.²⁹

Stimson expresó que la decisión de usar la bomba atómica produjo la muerte de más de cien mil japoneses y que la destrucción de las ciudades de Hiroshima y Nagasaki puso fin a la guerra con Japón. Para él, la guerra en el siglo XX se convirtió constantemente en más destructiva, se volvió más bárbara, se degradó en todos sus aspectos. En su opinión, las bombas

²⁷ *Ibidem*, pp. 262-263.

²⁸ Fritz Bilfinger, Report on the effects of the atomic bomb at Hiroshima (24 October 1945), 97 (899) *IRRC* 859 (2015); “Seventy years after Hiroshima and Nagasaki: Reflections on the consequences of nuclear detonation”, 97 (899) *IRRC* 553 (2015); “After the atomic bomb: Hibakusha tell their stories”, 97 (899) *IRRC* 507 (2015); Tomomitsu Miyasaki, “The view from under the mushroom cloud: The Chugoku Shimibun newspaper and the Hiroshima Peace Media Center”, 97 (899) *IRRC* 527 (2015); Akitoshi Nakamura, “Photo Gallery: Ground zero Nagasaki”, 97 (899) *IRRC* 543 (2015); “Hospital de la Cruz Roja de Hiroshima: por qué no se deben usar armas nucleares nunca más”, Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (19 de noviembre de 2020), <https://www.rcrcmagazine.org/2020/11/hospital-de-la-cruz-roja-de-hiroshima-por-que-no-se-deben-usar-armas-nucleares-nunca-mas/?lang=es> (último acceso 29.08.2023); Richard N. Lebow, The Committee for the Compilation of Material, on Damage Caused by the Atomic Bombs in Hiroshima and Nagasaki, Eisei Ishikawa, David L. Sawin, “Hiroshima and Nagasaki: The Physical, Medical, and Social Effects of the Atomic Bombings”, 35 *Naval War College Review* 106 (1982).

²⁹ Traducción de la autora (énfasis en el original). Cfr. Karl T. Compton, “If the Atomic Bomb Had Not Been Used”, *Atlantic Monthly* (December 1946), <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1946/12/if-the-atomic-bomb-had-not-been-used/376238/> (último acceso 29.08.2023).

atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki terminaron la guerra y no dejaron dudas de que nunca debe haber otra guerra.³⁰

Truman siempre sostuvo haber tomado la decisión correcta. Esa percepción fue revalidada por dos testimonios de funcionarios japoneses: el secretario del gabinete Sr. Sakomizu quien declaró que la bomba atómica proporcionó una excusa para rendirse y el marqués Kido, asesor del emperador Hirohito, quien dijo que la presencia de la bomba atómica hizo más fácil para los políticos japoneses negociar la paz.³¹ Sin embargo, una entrada en el diario personal de Truman de fecha 3 de junio de 1945, documenta que comprendió que la explosión atómica infligiría daños y muertes inimaginables mucho antes de la prueba nuclear en Nuevo México y de los bombardeos sobre Hiroshima y Nagasaki.³² Ninguno de sus asesores u otros oficiales del gobierno le recomendaron no usar la bomba atómica. Un grupo de 70 científicos firmó una petición para evitar su uso; el documento fue entregado en Washington D.C. después que el presidente Truman partiera a Potsdam. En una encuesta entre 150 científicos del laboratorio metalúrgico de Chicago, 87 de ellos votaron por usar la bomba atómica si otros medios para obtener la rendición japonesa fracasaban.³³ Truman fue muy claro en su responsabilidad:

“La decisión final sobre dónde y cuándo usar la bomba atómica era mía. Que no haya dudas sobre ello. Yo consideré la bomba como un arma militar y nunca tuve duda alguna de que debía ser usada. Los altos asesores militares del presidente recomendaron su uso, y cuando hablé con Churchill, él sin vacilar me dijo que apoyaba el uso de la bomba atómica si podría ayudar a terminar la guerra”.³⁴

³⁰ *Supra* 21, 107. En el mismo sentido, Margaret Truman recuerda que, desde la primera reunión que mantuvo con el presidente Truman en abril de 1945, Stimson sostuvo que la bomba atómica era el arma más terrible conocida a la humanidad. *Cfr.* Margaret Truman, *supra* 24, p. 238.

³¹ Margaret Truman, *ibidem*, pp. 282-285 y 567.

³² David McCullough, *supra* 27, p. 392.

³³ *Ibidem*, pp. 439-441.

³⁴ Traducción de la autora. *Cfr.* Harry S. Truman, *supra* 20, p. 517.

III. El precedente “*Shimoda*” sobre el uso de armas nucleares (1963)

El 7 de diciembre de 1963, los jueces Koseki (presidente), Mibuchi y Takakuwa, miembros del Tribunal del Distrito de Tokio dictaron sentencia en el caso “*Ryuichi Shimoda y otros contra el Estado*”.³⁵ En esa decisión, el tribunal estableció que el bombardeo aéreo con armas nucleares (bombas atómicas) sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki fue un acto ilegal de hostilidades conforme el derecho internacional. En opinión del tribunal, ese bombardeo aéreo se caracterizó por constituir un ataque a ciudades sin defensas, aun cuando esos bombardeos fueran dirigidos solamente hacia objetivos militares, en la medida que resultaron en daños comparables a bombardeos aéreos indiscriminados.³⁶ El tribunal concluyó que los cinco actores en tanto individuos carecían de legitimación para reclamar por los daños conforme el derecho internacional y la Constitución del Japón.³⁷

Este precedente resulta relevante por dos motivos. Primero, porque los cinco ciudadanos japoneses, residentes de Hiroshima o Nagasaki cuando las bombas atómicas fueron arrojadas sobre esas ciudades por los aviones de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos en agosto de 1945, reclamaron daños al gobierno del Japón. Tal reclamo era inaudito para la época y el desarrollo del derecho internacional (1945-1963). Ellos fueron víctimas del conflicto armado, severamente heridos por esos bombardeos y sus familiares murieron como consecuencia de ello. Segundo, porque, en 1963, es la primera y única vez que un tribunal intentó evaluar la legalidad del uso de armas nucleares (bombas atómicas) en un caso contencioso.³⁸

³⁵ *Ryuichi Shimoda et al. v. The State*, 32 I.L.M. 626 (1966).

³⁶ *Ibidem*, 627.

³⁷ Cinco actores (*Ryuichi Shimoda y otros*) reclamaron daños al gobierno del Japón con fundamento al renunciamiento japonés a todo reclamo conforme al derecho internacional establecido por el artículo 19(a) del Tratado de Paz de 1951 entre los Estados Unidos y el Japón. Tal renunciamiento impidió a los actores reclamar a los Estados Unidos por esos daños. El fundamento del reclamo de los actores en el derecho municipal (derecho japonés) fue el artículo 29 de la Constitución japonesa que establece la indemnización para toda expropiación de la propiedad privada.

³⁸ La demanda de los actores se presentó en mayo de 1955. Durante 8 años, el tribunal analizó el reclamo.

Un tribunal municipal concluyó que los Estados Unidos violaron el derecho internacional al bombardear con armas nucleares (bombas atómicas) las ciudades de Hiroshima y Nagasaki. Un tribunal de un país derrotado en la guerra intentó evaluar la legalidad de una decisión política beligerante adoptada por un país vencedor en esa guerra. El tribunal japonés aplicó el derecho internacional creado, principalmente, por Estados occidentales, negociado por sus diplomáticos e interpretado por sus juristas. Recuérdese que, el 10 de agosto de 1945, el gobierno del Japón formuló una protesta diplomática al gobierno de los Estados Unidos contra el bombardeo sobre Hiroshima, a través del gobierno suizo, mediante nota diplomática transmitida vía telegrama. El fundamento de tal protesta diplomática fue que la bomba atómica causó sufrimiento innecesario e indiscriminado a civiles no combatientes, así como la destrucción de hospitales, santuarios, templos, escuelas y viviendas de la población civil. El gobierno del Japón caracterizó a la bomba atómica como “*una nueva ofensa contra la civilización de toda la humanidad*”.³⁹ El gobierno de los Estados Unidos omitió responder a la protesta diplomática.

En 1963, el Tribunal del Distrito de Tokio fundamentó la violación al derecho internacional señalando que el bombardeo aéreo con bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki constituyó un ataque indiscriminado que produjo sufrimiento innecesario, un ataque indiscriminado que no distinguió entre objetivos militares y bienes civiles e hirió a civiles no combatientes. Dieciocho años después de tal ataque, el tribunal destacó los efectos radioactivos sobre los sobrevivientes y la gran pérdida de vidas.⁴⁰ Cada bomba atómica empleada descargó una energía equivalente a 20 mil toneladas de bombas convencionales. El tribunal sin mencionar la protesta diplomática del gobierno del Japón a los Estados Unidos formulada el 10 de agosto de 1945, empleó fundamentos similares en su análisis sobre el uso de bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki.

Los jueces Koseki, Mibuchi y Takakuwa no examinaron la legalidad de las armas nucleares *per se* sino que analizaron la legalidad de su uso (bombas atómicas) sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki. El tribunal omitió analizar si el uso de armas nucleares sobre esas ciudades

³⁹ Traducción de la autora.

⁴⁰ *Supra* 36, 634.

aceleró el fin de la guerra y salvó vidas de nacionales japoneses y estadounidenses.⁴¹ En su razonamiento, el tribunal asimiló las entonces “nuevas” armas nucleares (bombas atómicas) con armas químicas cuyo uso estaba prohibido: los gases tóxicos y asfixiantes.⁴² El paralelismo entre esas armas de destrucción en masa se fundó en sus efectos: ambas causan sufrimientos innecesarios, secuelas a largo plazo, y efectos letales sobre la población civil. En su análisis, el tribunal abordó los hechos del ataque, los efectos de las armas nucleares (bombas atómicas) y las características del área atacada (ciudades de Hiroshima y Nagasaki). No indagó sobre la motivación política de tal ataque.⁴³

El tribunal no empleó lenguaje técnico-jurídico de derecho internacional.⁴⁴ Sin embargo, aplicó (sin mencionarlos expresamente) los siguientes principios de derecho internacional humanitario: de distinción (deber de distinguir entre la población y los combatientes, y entre los objetivos militares y los bienes civiles)⁴⁵; de proporcionalidad (prohibición de ataques que produzcan daños excesivos a bienes civiles y muertes a no combatientes, heridos entre la población civil en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista)⁴⁶; y de limitación (prohibición de uso de armas que causen sufrimiento superfluo)⁴⁷.

El tribunal no se refirió a la resolución 1653 (XVI) “Declaración sobre la prohibición del uso de las armas nucleares y termonucleares” adoptada el 24 de noviembre de 1961 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta resolución señala que el uso de armas nucleares es

⁴¹ Richard A. Falk, “The Shimoda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks Upon Hiroshima and Nagasaki”, 59 *AJIL* 759 (1965), 775.

⁴² Artículo 23 (a) de la segunda Convención de La Haya de 29 de julio de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre; artículo 23 (a) y (e) de la segunda Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, y Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos (Protocolo de Ginebra) de 17 de junio de 1925.

⁴³ *Supra* 41, 786.

⁴⁴ El tribunal designó tres expertos en derecho internacional que lo asistieron; todos ellos profesores en universidades japonesas.

⁴⁵ *Supra* 40, 629.

⁴⁶ *Ibidem*, 632.

⁴⁷ *Ibidem*, 633-634.

contrario a la Carta de las Naciones Unidas y por ello, constituye una violación directa a ese tratado.⁴⁸

IV. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del uso o de la amenaza de uso de armas nucleares (1996)

En 1996, la Corte Internacional de Justicia expresó:

*“A largo plazo, el derecho internacional y la estabilidad del orden internacional que está destinado a regir serán constantemente objeto de la formulación de opiniones divergentes en relación con las normas aplicables a la utilización de unas armas tan mortíferas como las nucleares. Por ello, es importante poner fin a esa situación: para lograr el resultado deseado, el medio más adecuado parece ser el desarme nuclear completo, prometido desde hace largo tiempo”.*⁴⁹

En esa opinión, el tribunal concluyó que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados y, en particular, a los principios y las normas del derecho internacional humanitario.⁵⁰ Y agregó que, en la situación actual del derecho internacional (en 1996) y con los elementos de hecho que disponía, no podía pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que estuviera en peligro la propia supervivencia del Estado. Este pronunciamiento del tribunal fue considerado ambiguo y controvertido.⁵¹

⁴⁸ La resolución fue adoptada por 55 votos afirmativos (sobre 103 miembros votantes), 20 votos negativos, 26 abstenciones, y 2 miembros que no votaron. *Cfr.* A/PV.1063.

⁴⁹ C.I.J. Sobre la legalidad del uso o de la amenaza de uso de armas nucleares. Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports* 1996, para. 98.

⁵⁰ *Ibidem*, para. 105.2.E.

⁵¹ Entre otros, Peter H. F. Bekker, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, 91 *AJIL* 126 (1997); Richard A. Falk, “Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter”, 91 *AJIL* 64 (1997); Nicholas Grief, “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, 46 *ICLQ* 681 (1997); John H. McNeill, “The International Court of Justice Advisory Opinion in the *Nuclear Weapons Cases*: A first appraisal”, 37 (316) *IRRC* 103 (1997); y Michael Schmitt, “The International Court of Justice and the Use of Nuclear Weapons”, 51 *Naval War College Review* 91 (1998).

El tribunal confirmó que la legalidad de cada arma debe ser valorada respecto de los principios de distinción, proporcionalidad y limitación y demás normas del derecho internacional humanitario como la prohibición de ataques indiscriminados o la prohibición de empleo de armas que produzcan sufrimiento innecesario.⁵² Lo que la Corte no expresó es que no existen casos de legítima de defensa que eximan al Estado de cumplir con las obligaciones del derecho internacional humanitario.

Es importante señalar que el objetivo de ganar una guerra o defender una nación es demasiado amplio a los efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad y no es válido como una finalidad lícita que brinde una ventaja militar directa conforme al derecho internacional humanitario.⁵³

La Corte sostuvo que “*el poder de destrucción de las armas nucleares no puede contenerse ni en el espacio ni en el tiempo. Tienen capacidad para destruir por completo la civilización y el ecosistema entero del planeta*”.⁵⁴

El caso “*Shimoda*”, único caso contencioso sobre la legalidad del uso de armas nucleares, fue citado un total de seis veces, en sus opiniones disidentes, por los jueces Shahabuddeen⁵⁵ y Weeramantry⁵⁶. Los jueces guyanés y ceilandés conocían el análisis de los argumentos que concluyeron que el uso de armas nucleares (bombas atómicas) violaba el derecho internacional en 1963. Ellos votaron en igual sentido que los jueces municipales japoneses. Sorprende que los demás jueces de la Corte Internacional de Justicia ni siquiera mencionaran el precedente “*Shimoda*” en sus votos.

En su presentación escrita ante la Corte Internacional de Justicia el 16 de junio de 1995, la Federación de Rusia sostuvo que el derecho internacional no contiene una prohibición general de uso de armas

⁵² C.I.J., *supra* 50, para. 78 y 95.

⁵³ Kathleen Lawand in: Proceedings of Conference “Nuclear Weapons and International Law 2020”, 45 *Fordham Int’l. L. J.* 157 (2022).

⁵⁴ C.I.J., *supra* 52, para.35.

⁵⁵ Opinión disidente del juez Shahabuddeen, *I.C.J. Reports* 1996, pp. 397, 400, 404 y 412.

⁵⁶ Opinión disidente del juez Weeramantry, *I.C.J. Reports* 1996, p. 439.

nucleares.⁵⁷ Explicó que no considera que las resoluciones de la Asamblea General estipulando que el uso de armas nucleares constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁸ sean una interpretación auténtica y vinculante de la Carta de San Francisco o que creen obligación alguna. O que constituyan una expresión de la *opinio juris* de la comunidad internacional.⁵⁹ De igual modo, la aprobación de tales resoluciones por parte de la Asamblea General no constituye una práctica universal de los Estados.⁶⁰ Recuérdese que fue la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas quien, en 1961, impulsó la adopción de la resolución 1653 (XVI) cuyo proyecto de declaración fue presentado por Etiopía y otros Estados africanos y asiáticos.⁶¹ Esa resolución es la primera de las resoluciones de la Asamblea General que establece que el uso de las armas nucleares constituye una violación a la Carta de las Naciones Unidas y un crimen contra la humanidad y la civilización.

La Federación de Rusia se refirió también a que varios Estados poseedores de armas nucleares (en particular, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de quien la Federación de Rusia es Estado sucesor) han formulado en distintos momentos declaraciones relativas al “no primer uso” de armas nucleares y ello significa que el uso de armas nucleares no está prohibido, en principio.⁶² En su opinión, no cualquier uso de armas nucleares constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas sino solamente cualquier agresión con uso de armas nucleares conforme lo señala el último párrafo del preámbulo de la resolución 984 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de fecha

⁵⁷ C.I.J., Letter dated 19 June 1995 from the Ambassador of the Russian Federation together with written comments of the Government of the Russian Federation, p. 5.

⁵⁸ Resoluciones Nos. 1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961; 33/71B de 14 de diciembre de 1978; 34/83G de 11 de diciembre de 1979; 35/152D de 12 de diciembre de 1980; 36/92I de 9 de diciembre de 1981; 45/59B de 4 de diciembre de 1990; 46/37D de 6 de diciembre de 1991 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁵⁹ C.I.J., *supra* 57, pp. 8 y 16.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 17.

⁶¹ Richard H. Ullman, “No First Use of Nuclear Weapons”, 50 *Foreign Affairs* 669 (1972), 671.

⁶² *Supra* 60, p. 16.

11 de abril de 1995.⁶³ El Estado ruso expresó que, aun cuando el uso de armas nucleares esté justificado bajo la legítima defensa individual o colectiva, tal uso debe ajustarse a las limitaciones impuestas por el derecho internacional humanitario respecto a los medios y métodos de la guerra.⁶⁴ La Federación de Rusia concluyó su intervención escrita citando al diplomático sueco Hans Blix:

*“[...] es ciertamente correcto afirmar que la legalidad de uso de la mayoría de las armas depende de la manera en que sean empleadas. Un rifle puede ser legalmente apuntado al enemigo o puede ser empleado indiscriminadamente contra civiles y soldados de modo similar. Las bombas pueden ser dirigidas a objetivos militares específicos o arrojadas al azar. El uso indiscriminado del arma será prohibido, no el arma como tal”.*⁶⁵

El estado de la cuestión, 27 años después, puede resumirse en la respuesta del juez Schneebaum a la pregunta “¿El uso o la amenaza de uso de armas nucleares está permitido en el derecho internacional?”:

*“No, no en cualquier circunstancia previsible. La única excepción es el uso de un artefacto nuclear en legítima defensa, sin amenazar la integridad de otro Estado, sin crear daño colateral, asegurándose de que no haya daño al medio ambiente, y de manera consistente con todas las obligaciones que ese Estado haya voluntariamente asumido. En otras palabras, para todos los efectos prácticos, nunca”.*⁶⁶

Y el fundamento de tal respuesta es la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en 1996.⁶⁷

V. La doctrina del “no primer uso” de armas nucleares

El 16 de octubre de 1964, la República Popular de China explotó su primera bomba atómica. En el comunicado del Gobierno chino emitido

⁶³ S/RES/984 (1995). ““[...] Considerando además que, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas, cualquier agresión con uso de armas nucleares pondría en peligro la paz y la seguridad internacionales [...]”.

⁶⁴ *Supra* 62, p. 18.

⁶⁵ Hans Blix, “Medios y Métodos de Combate” en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, París, UNESCO, 1990, p. 144.

⁶⁶ Traducción de la autora.

⁶⁷ Steven M. Schneebaum, “What Does International Law Have to Say About Nuclear Weapons? And What Does This Have to Say About International Law?”, 39 *SAIS Review* 149 (2020).

ese mismo día, China manifestó que, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, será el primer Estado en usar armas nucleares.⁶⁸ Esa posición de política exterior china, fue reiterada por el jefe de la delegación, Embajador Chiao Kuan-Hua, en su primer discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas luego de que se restituyeran los derechos y se reconocieran a los representantes del Gobierno chino como los únicos legítimos representantes de China en las Naciones Unidas.⁶⁹

El Secretario General del Comité Central del Partido Comunista de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Leonid I. Brezhnev, envió un mensaje a la segunda sesión especial de desarme de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982. El líder soviético declaró solemnemente que la U.R.S.S. (predecesora del Estado Federación de Rusia) asumía la obligación de “no primer uso” de armas nucleares.⁷⁰ En 1993, esta posición fue abandonada y se adoptó la enunciada en la actual doctrina militar rusa.

“No uso” difiere de “no primer uso”. Esa distinción se centra en que el “no primer uso” implica la potestad de emplear esas armas de destrucción en masa para responder un ataque nuclear de otro Estado. La doctrina mayoritaria afirma que el “no primer uso” no prohíbe el empleo de sistemas estratégicos de defensa (en referencia a los misiles antibalísticos). Para ellos, el lanzamiento de un misil que se sospecha posee una carga nuclear, permite su interceptación con misiles antibalísticos con carga nuclear ya que el primer uso lo constituye el lanzamiento del primer misil que se sospecha tendría una carga nuclear.⁷¹ El 6 de febrero de 2018, el secretario de defensa de los Estados Unidos, general Jim Mattis, declaró ante el Comité de las Fuerzas Armadas de la Cámara de Representantes del Congreso, que “*no existe tal cosa*”⁷² en respuesta a una pregunta sobre

⁶⁸ University of South Carolina – China Institute, “The Atomic Bomb, Statement of the Government of the People’s Republic of China”, 16 October 1964, <https://china.usc.edu/atomic-bomb-statement-government-peoples-republic-china-october-16-1964> (último acceso 29.08.2023).

⁶⁹ A/RES/2758 (1971).

⁷⁰ A/S.12/PV.12 (1982), para. 73.

⁷¹ *Supra* 61, 673.

⁷² Traducción de la autora.

armas nucleares tácticas. Y explicó que cualquier arma nuclear usada en cualquier momento constituye un punto de inflexión estratégico.⁷³

El fin del compromiso de “no primer uso” de armas nucleares es disminuir la probabilidad de que las partes en un conflicto recurran al uso de esas armas de destrucción en masa. Ese compromiso de “no primer uso” de armas nucleares se ha expresado a través de actos unilaterales de los Estados en lugar de un tratado multilateral adoptado por los Estados poseedores de armas nucleares. Esas declaraciones en tanto actos unilaterales del Estado ofrecen las siguientes ventajas: a) pueden generar menor resistencia de las burocracias internas de cada país en las áreas de relaciones exteriores y defensa así como de los órganos legislativos (Congreso, Parlamento) cuya participación resulta necesaria para la aprobación de un tratado multilateral conforme las normas constitucionales de cada país; b) no implican una negociación con otros Estados; c) pueden emplear el lenguaje necesario en términos políticos para satisfacer a los distintos grupos internos de poder en el país; d) otros Estados no formulan reservas u objeciones sobre el contenido de tal declaración unilateral. Estas declaraciones (actos unilaterales) son vinculantes para el Estado que las emite y no dependen de la eficacia de otros instrumentos internacionales. Su cumplimiento no descansa en mecanismos de verificación ni se origina en la aplicación de un tratado. En tanto la declaración de “no primer uso” de armas nucleares descansa en el cumplimiento de ese compromiso por el Estado emisor de tal acto unilateral, resulta una medida de control de armamentos. Y ello también conlleva una debilidad porque, en cualquier momento, se puede abandonar tal compromiso. Ese cambio de posición respecto del uso de armas nucleares implicará meramente la rescisión de un compromiso internacional.

Existen tres escenarios de uso de armas nucleares: (a) un primer uso en un ataque o un ataque preventivo para eliminar las armas del oponente; (b) en el transcurso de una escalada en un conflicto con armas convencionales, y (c) como respuesta a un ataque nuclear. El escenario (a)

⁷³ Aaron Mehta. Mattis: No such a thing as a ‘tactical’ nuclear weapon, but new cruise missile needed”, *Defense News*, 6 February 2018, <https://www.defensenews.com/space/2018/02/06/mattis-no-such-thing-as-a-tactical-nuclear-weapon-but-new-cruise-missile-needed/> (último acceso 29.08.2023).

constituye un acto de agresión contra otro Estado y viola la Carta de las Naciones Unidas. No importa qué armas se empleen en ese ataque. El escenario (c) es una respuesta a otro acto de agresión y este tipo de represalias está prohibido en el derecho internacional humanitario. El escenario (b) se refiere a las excepciones formuladas por los Estados que han manifestado su “no primer uso” de armas nucleares: el uso de armas nucleares frente a ataques con armas convencionales cuando la supervivencia del Estado esté en peligro. Y ese uso también está prohibido por el derecho internacional humanitario. Recuérdense las declaraciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁷⁴ y de los Estados Unidos⁷⁵, al momento de firmar el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), entendiéndose que las reglas establecidas en ese instrumento internacional no regulan o prohíben ni tienen efecto alguno sobre el uso de armas nucleares.

La distinción entre “primer uso” y “no primer uso” puede también encuadrarse del siguiente modo: el “primer uso” está prohibido siempre por constituir un acto de agresión contra otro Estado mientras que el “no primer uso” es debatible. Esta es una falsa dicotomía. El “no primer uso” viola el derecho internacional humanitario. Y aún para quienes argumenten legítima defensa en ese escenario, el derecho a la legítima defensa individual o colectiva no resulta ilimitado. Con la doctrina del “no primer uso” se pretende justificar la posesión de armamentos nucleares para la disuasión. Se ha sostenido que abstenerse de usar armas nucleares podría interpretarse como una admisión tácita de una inhabilitación para el empleo de esas armas de destrucción en masa.⁷⁶

En 1968, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció que la agresión con armas nucleares o la amenaza de tal agresión contra un Estado no poseedor de tales armas crearía una situación en la que ese

⁷⁴ 1125 U.N.T.S. 432 (1979), 433: “(i) That the new rules introduced by the Protocol are not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons”.

⁷⁵ 1125 U.N.T.S. 434 (1979): “1. It is the understanding of the United States of America that the rules established by this Protocol were not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons”.

⁷⁶ Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, London, Stevens and Sons, 1971, p. 202.

órgano principal de las Naciones Unidas, y en particular sus miembros permanentes poseedores de armas nucleares, tendrían que actuar inmediatamente conforme las obligaciones que les impone la Carta de San Francisco.⁷⁷

Los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estados poseedores de armas nucleares, asumieron la obligación de negociar de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional.⁷⁸ La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1996 los constituyó en mora respecto a esa obligación; los Estados no poseedores de armas nucleares también lo hicieron al adoptar el tratado sobre la prohibición de armas nucleares en 2017.

El 3 de enero de 2022, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad emitieron una declaración conjunta sobre la prevención de la guerra nuclear y la evitación de una carrera armamentística.⁷⁹ Afirmaron que una guerra nuclear no puede ser ganada y nunca debe ser peleada, lección que el presidente John F. Kennedy y el premier Nikita S. Khrushchev nos legaron en 1962. Expresaron también que, en tanto las armas nucleares sigan existiendo, deben usarse para propósitos de defensa; disuadir la agresión; y prevenir la guerra. Mencionaron que permanecen comprometidos con sus obligaciones conforme el tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, en particular, la obligación contenida en su artículo VI. Subrayaron su deseo de trabajar con todos los Estados para crear un entorno de seguridad más propicio para avanzar en el desarme con el objetivo final de un mundo sin armas nucleares con seguridad sin restricciones para todos.

⁷⁷ S/RES/255 (1968). La resolución fue aprobada por 10 votos a favor contra ninguno y 5 abstenciones (Argelia, Brasil, Francia, India y Paquistán).

⁷⁸ Conforme el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares de 1 de julio de 1968.

⁷⁹ Ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères, Joint Statement of the Leaders of the Five Nuclear-Weapon States on Preventing Nuclear War and Avoiding Arms Races (3 January 2022), <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/security-disarmament-and-non-proliferation/news/2022/article/joint-statement-of-the-leaders-of-the-five-nuclear-weapon-states-on-preventing> (último acceso 29.08.2023).

¿Cómo puede sostenerse la posición de que sólo el primer uso de armas nucleares está prohibido? ¿Por qué, a pesar de toda la evidencia de su primer y único uso en Hiroshima y Nagasaki, algunos Estados intentan sostener que los “segundo”; “tercero”; “cuarto” y demás usos podrían ser legales?

VI. Conclusión

La primera explosión nuclear ocurrió el 16 de julio de 1945 en Nuevo México (Estados Unidos), menos de un mes después de la firma de la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de ese año. El uso de armas nucleares (bombas atómicas) sobre Hiroshima y Nagasaki se produjo el 6 y el 9 de agosto de 1945, respectivamente. La Carta de San Francisco entró en vigor 76 días después del uso de la segunda bomba atómica, el 24 de octubre. Ese tratado es pre-atómico y a pesar de ello, no ha resultado obsoleto. El régimen de desarme y no proliferación de armas nucleares, sin embargo, no ha alcanzado el desarme general y completo.

La mayoría de los países carece de capacidad para responder a una explosión nuclear y proveer asistencia a los sobrevivientes inmediatamente. Lo mismo ocurre a nivel internacional: existe una falta de planeamiento y capacidad del sistema de las Naciones Unidas para coordinar la respuesta humanitaria en caso de que ello ocurra.⁸⁰ Ocurrida semejante explosión, la mayoría de los médicos y enfermeros estarán muertos y/o gravemente heridos; los hospitales estarán destruidos; y los riesgos de exposición a la radiación para los sobrevivientes serán muy altos. Todavía, 78 años después de los bombardeos con armas nucleares (bombas atómicas) a las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki por los Estados Unidos, somos testigos de los daños y secuelas del uso de armas nucleares.

La carrera armamentística no ha cesado. Los Estados Unidos y Rusia poseen suficientes armas nucleares para destruir a la humanidad en

⁸⁰ UNIDIR/2014/6. John Borrie, Tim Caughley, “An illusion of safety: challenges of nuclear weapon detonations for the United Nations humanitarian coordination and response” (Nueva York y Ginebra, UNIDIR, 2014).

un día. El Reino Unido y Francia también han incrementado sus arsenales nucleares. China está expandiendo su arsenal nuclear y desarrollando mejores sistemas de lanzamiento de esas armas. El estatus de Estado poseedor de armas nucleares de Israel es un secreto a voces. Y desde que la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva en 1996, otros tres Estados (India, Paquistán y Corea del Norte) son también Estados poseedores de armas nucleares. Hace tiempo, al menos desde el Plan de Acción Integral Conjunto entre los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, Alemania y la Unión Europea en 2015, que la comunidad internacional intuye que el programa nuclear iraní persigue el desarrollo de armas nucleares.

La simulación del programa de ciencia y seguridad global de la Universidad de Princeton de 2020 sobre una posible escalada al nivel nuclear de una guerra con armas convencionales entre los Estados Unidos y la Federación de Rusia, con Europa como principal teatro de operaciones, resulta hoy un escenario posible. El tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares es el único tratado multilateral que representa un compromiso vinculante para los Estados poseedores de armas nucleares respecto del objetivo del desarme.

La seguridad de la comunidad internacional se debe buscar a través de la eliminación de todos los arsenales de armas nucleares y la prohibición de su uso por medio del desarme general y completo.⁸¹ Desde 2021, más de un tercio de los miembros de las Naciones Unidas son Estados Parte en el tratado sobre la prohibición de las armas nucleares. La comunidad internacional aguarda que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas lideren con su ejemplo y cumplan con su obligación de desarme nuclear.

Las variables psicológicas y emocionales son fuente de riesgo e incertidumbre cuando los líderes cuentan con la opción de usar armas nucleares. No pueden evaluar con precisión los riesgos que asumen, en la medida en que no pueden controlar los resultados, o su habilidad para forzar concesiones de su oponente. Resulta incierto si el oponente hará lo que dijo y tampoco pueden saber con total certeza si comprendieron las

⁸¹ A/6858 (1967) para. 91.

señales que percibieron. Ambos líderes no saben ni pueden saber si el otro, su oponente, dice la verdad y ello incrementa el riesgo, la incertidumbre y la inestabilidad.⁸² En este contexto, es importante recordar una de las lecciones que el presidente Kennedy y el premier Khrushchev nos legaron: la necesidad de contar con canales de comunicación fiables entre los líderes.

La comunidad internacional, 78 años después del primer y único uso de armas nucleares sobre Hiroshima y Nagasaki, asiste a una intensa retórica nuclear y el apresto operacional de los Estados Unidos y Rusia al mismo tiempo en que los Estados poseedores de armas nucleares han reanudado la carrera armamentística. Como expresara el presidente John F. Kennedy el 10 de junio de 1963⁸³: “*Los Estados poseedores de armas nucleares deben evitar confrontaciones que lleven a su oponente a tener que elegir entre un retiro humillante o una guerra nuclear*”.⁸⁴ Y en palabras del gobernador Hidehiko Yuzai, en ocasión del 78º aniversario del bombardeo atómico sobre la ciudad de Hiroshima⁸⁵: “*los creyentes en la disuasión nuclear proactiva, quienes afirman que las armas nucleares son necesarias para mantener la paz, solo están demorando el progreso hacia el desarme nuclear*”.⁸⁶ La humanidad espera que sus líderes sean capaces de generar un clima de confianza recíproca y de diálogo para construir la paz ... a 90 segundos de una hecatombe nuclear.

“Hiroshima, como ‘símbolo de la memoria’, proclama con fuerza la inadecuación de las armas nucleares para responder de forma eficaz a

⁸² Cfr. Reid B. C. Pauly, Rose McDermott, “The Psychology of Nuclear Brinkmanship”, 47 *International Security* 9 (2023), 17.

⁸³ John F. Kennedy, Commencement Address at American University, Washington D.C., 10 June 1963, <https://www.jfklibrary.org/archives/other-resources/john-f-kennedy-speeches/american-university-19630610> (último acceso 29.08.2023).

⁸⁴ Traducción de la autora.

⁸⁵ Mari Yamaguchi, “Hiroshima mayor calls nuclear deterrence ‘folly’ as city marks 78th anniversary of atomic bombing”, *AP*, 6 August 2023, https://apnews.com/article/japan-hiroshima-atomic-bomb-nuclear-deterrence-us-0c39ca3b789400e98cf172519ac1f92f?mkt_tok=0DEzLVhZVS00MjIAAAGNddDTAua-sgbrwWAHDjumOXB-2Et22gmNjA89iD7EHkxIrF-8HIMLbf727VWYNnmII9-BimetM-B-CnOskh4vB_OBqcM8XksnZu9DDHw (último acceso 29.08.2023).

⁸⁶ Traducción de la autora.

*las grandes amenazas actuales contra la paz y para garantizar la seguridad nacional e internacional”.*⁸⁷

⁸⁷ Carta del Santo Padre Francisco al Obispo de Hiroshima con motivo de la Cumbre del G7, Roma, 19 de mayo de 2023.

En un mundo convulsionado, cobran especial relevancia los temas relativos a los conflictos armados y, en esta publicación se puso especial atención al conflicto entre Rusia y Ucrania. Tres de los trabajos que se publican abordan la problemática desde la actuación de los tribunales internacionales, evidenciando incluso una conflictividad previa a la invasión de 2022. En este sentido, uno se refirió a la competencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Ucrania c/Rusia; otro, a los Tribunales arbitrales establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, destacando, entre otros, al caso entre Ucrania y Rusia concerniente a los derechos del Estado costero en el mar Negro, el mar de Azov y el estrecho de Kerch. El tercer enfoque se refiere a la responsabilidad individual y a la inmunidad de los líderes de los países involucrados en el caso que nos ocupa, y la autora aborda la (des)activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y de las alternativas procesales en su reemplazo.

Por su parte, otro de los artículos incorporados es más general y trata sobre la protección del medio ambiente en territorios ocupados. Se detiene en el concepto mismo de "ocupación" y en el plexo normativo aplicable: derecho internacional humanitario, derecho de los derechos humanos y derecho ambiental, y analiza la labor de la Comisión de Derecho Internacional y el Proyecto adoptado por dicha Comisión en el citado tema.

Por último, otro de los trabajos aborda el tema del uso o de la amenaza de armas nucleares, cuyo título transcribo porque revela las terribles consecuencias de dichas armas en caso de que cualquier Estado sobrepase su dimensión disuasoria: "A 90 segundos de la hecatombe nuclear".

